Abhandlungen ...

Berlin (Germany). Universitaet. Kriminalistisches ...

Digitized by Google

Digitized by Google

Berlin. U
A

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Abhandlungen des kriminalistischen Seminars
an der Universität Berlin.
Neue Folge. Dritter Band.

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR, LENOX AND TILDEN FOUNDATIONS.

Der untaugliche Versuch.

Ein Beitrag
zur Reform der Strafgesetzgebung.

Von

Ernst Delaquis.

»L'histoire, qui est la vérité par les faits, est rarement favorable aux constructions scientifiques!«
Saleilles, Essai sur la tentative, p. 19.

Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Digitized by Google

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. in Berlin.

v. Liszt,

Abhandlungen des kriminalistischen Seminars.

Zweiter Band, Heft I und II.

Der strafrechtliche Schutz des Rechtsguts der Pietät. Von **Dr. Georg Crusen.** Preis 4 M.

Welche Strafmittel können an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden? Von **Dr. Ernst Rosenfeld.** Mit großen Tabellen. Preis 6 M.

Dritter Band, Heft I—IV.

Der Rückfall. Eine kriminalpolitische und dogmatische Untersuchung. Von **J. Sacker.** Preis 3 M.

Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen im Deutschen Reiche. Von **Dr. Walter Loock.** Preis 3 M.

Der sogenannte Futterdiebstahl nach deutschem Recht. Von **Arthur Schwarze.** Preis 2 M. 50 Pf.

Das Verhältnis zwischen der Defraudation der Zölle und Verbrauchssteuern und dem Betruge nach deutschem Reichsrecht. Von **Wilhelm Honemann.** Preis 1 M. 50 Pf.

Vierter Band, Heft I.

Wasser-Diebstahl. Von **Dr. Walther v. Hippel.** Preis 1 M. 50 Pf.

Neue Folge. Band I. Heft 1—5.

Die Straflosigkeit der actio libera in causa. Von **Dr. Richard Katzenstein.** Preis 7 M.

Getreidepreise und Kriminalität in Deutschland seit 1882. Von **Hermann Berg.** Mit 3 Tafeln. Preis 1 M. 50 Pf.

Die Lehre von der adäquaten Verursachung. Von **Dr. Gustav Radbruch.** Preis 2 M.

Die Stellung der Busse im reichsrechtlichen System des Immaterialgüterschutzes. Von **Dr. Alexander Graf zu Dohna.** Preis 2 M.

Der Begriff des Zuhälters im Reichsstrafgesetzbuch. Von **Dr. Sally Jaffa.** Preis 1 M. 20 Pf.

Fortsetzung siehe Seite 3 des Umschlags.

Digitized by Google

Abhandlungen

des

kriminalistischen ~~Seminars~~ Institut.

an der Universität Berlin.

Herausgegeben

von

Dr. Franz v. Liszt,
ord. Professor der Rechte zu Berlin.

Neue Folge. Dritter Band.

Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Digitized by Google

Der untaugliche Versuch.

Ein Beitrag
zur Reform der Strafgesetzgebung.

Von

Ernst Delaquis.

»L'histoire, qui est la vérité par les faits, est rarement favorable aux constructions scientifiques!«
Saleilles, Essai sur la tentative, p. 19.

NEW YORK PUBLIC LIBRARY

Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Digitized by Google

1. Attempt [in criminal law].

2. Title of Vocabulary.
to

N. Y. PUBLIC LIBRARY.
... COLLEGE.

Digitized by Google

Meinen verehrten Freunden

Dr. FRIEDRICH KARL NEUBECKER

in Berlin

und

Prof. Dr. EDUARD KOHLRAUSCH

in Königsberg

in treuer Erinnerung

zugeeignet.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Vorwort ..... XV—XXXI

Einführende Bemerkungen ..... 1— 8

Erster Teil: **Regelung der einschlägigen Materien in den verschiedenen Entwürfen zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch** (historischer Teil).[1] ..... 9—52

§ 1. Definition des Versuchs; Bestimmung über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen ..... 9—16

a) Entwürfe vom Juni und August 1893 9

b) Entwürfe vom August 1894 und August 1895 12

c) Entwurf vom März 1896 15

§ 2. Das fehlgeschlagene Verbrechen ..... 17—24

a) Entwurf vom August 1893 17

b) Entwürfe vom August 1894 und August 1895 21

c) Entwurf vom März 1896 23

§ 3. Der Rücktritt vom Versuch ..... 24—28

a) Entwürfe vom Juni und August 1893 24

b) Entwürfe vom August 1894 und August 1895 26

c) Entwurf vom März 1896 27

§ 4. Der untaugliche Versuch ..... 28—50

a) Entwürfe vom Juni und August 1893 28

b) Entwürfe vom August 1894 und August 1895 37

c) Entwurf vom März 1896 47

§ 5. Anhang. Übersicht der Regelungen des „Versuchs" in den verschiedenen Entwürfen zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch ..... 50—52

[1] Um steten, gleichlautenden Wiederholungen bei den Unterabteilungen der ersten vier Paragraphen auszuweichen, sei hier ein für allemal bemerkt, daß bei den verschiedenen Entwürfen neben der jeweilig zu erörternden Gesetzesbestimmung selbst, sowohl die jene behandelnden Kritiken und Motive, als auch die diesbezüglich gepflegten Verhandlungen Berücksichtigung gefunden haben.

Digitized by Google

Seite

I. Begriff des Versuchs; Bestimmung über die Vorbereitungshandlungen 50
II. Das fehlgeschlagene Verbrechen 50
III. Der Rücktritt vom Versuch 51
IV. Der untaugliche Versuch (Irrtumsbestimmung) 51
Zweiter Teil: **Die verschiedenen Theorien** 53—289
Erstes Kapitel: **Objektive Theorien** 53— 94
§ 1. Betrachtung der Zeit vor dem Auftauchen der Kontroverse über den untauglichen Versuch 53— 63
I. Böhmers Stellung zum untauglichen Versuch 54
Die Frage wird nur im Einzelfalle entschieden 55
Selbst in diesen Einzelfällen herrscht jedoch kein einheitlicher Gesichtspunkt 55
II. Exemplifizierung der damaligen Versuchslehre an der Hand eines bestimmten Tatbestandes 56
Delictum perfectum 57
Feststellung der Unkenntnis der Wechselbeziehungen zwischen delictum perfectum und untauglichem Versuch 59
Wirkung des Rücktritts i. w. S. 60
Modifikationen des Tatbestandes 62
Schlußergebnis 62
§ 2. Auftauchen der Kontroverse über den untauglichen Versuch im Strafrecht. Feuerbach. Reine Objektivisten 63— 73
I. Feuerbach 63
Auftauchen der Kontroverse im Strafrecht 63
Die Lehre Feuerbachs und ihre Ausläufer 64
Angriffe auf Feuerbachs Theorie 65
Sind diese Angriffe berechtigt? 66
II. Reine Objektivisten 67
Basis ihrer Lehre; Unterschied zwischen den beiden klassischen Theorien (Feuerbach; reine Objektivisten) 68
Konsequenzen und Inkonsequenzen des reinen Objektivismus 70
Abweisung der Theorie 73
§ 3. Mittermaier 74— 94
I. Umbildung der Feuerbachschen Theorie; Übergang des reinen Objektivismus zur Mittermaierschen Scheidung 74
II. Das Wesen von Mittermaiers Lehre 77
Ihre Modifikationen 78
III. Das Kriterium einer „objektiven Gefahr"; v. Buris Einwände gegen dessen Daseinsberechtigung 82
Die Standpunkte ex post und ex ante 83
Richtige Ansicht von v. Kries 85
IV. Die Teilung in relative und absolute Untauglichkeit 86
Zurückweisung derselben und Begründung dieser Verwerfung 86
Verschiedenheit in der Terminologie 87

Digitized by Google

Seite

Ist die Scheidung Mittermaiers tatsächlich unbrauchbar? 88
V. Betrachtung einiger nebensächlicher Punkte 91
Der Begriff des untauglichen Mittels 91
Kann ein in concreto untaugliches Mittel im Versuch absolut untauglich sein? 92
Schlußbetrachtung: Schwächen der Mittermaierschen Theorie; Abweisung dieser Lehre im Hinblick auf eine praktische Regelung 92
Zweites Kapitel: **Gemischte Theorien** ..... 94—137
§ 4. Kohler ..... 94—103
I. Kohlers Theorie und deren unmittelbare Konsequenzen 94
II. Vorteile dieser Lehre 97
Postulat einer Gefährdung der Rechtsordnung 97
Umgehung der Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit. 98
Die Scheidung in Versuch und Mangel im Tatbestand ist überflüssig 98
Die Äquivalentenlehre 98
III. Nachteile dieser Theorie 100
Die Äquivalentenlehre in dieser Beziehung 100
Warum ist nur der gefährliche Versuch strafbar? 100
Das Postulat eines Kausalwillens, einer Anpassung an den Naturkausalismus 101
Rückblick und Schlußurteil 103
§ 5. Klee ..... 103—121
Grundlagen der Kleeschen Theorie 103
Der objektiv taugliche Plan 104
Postulat der Gefährdung eines Rechtsgutes 104
Nichtberücksichtigung der Äquivalentenlehre 106
Neueinteilung des untauglichen Versuchs 107
II. Der Versuch mit untauglichen Mitteln 108
Definition des Begriffes „gefährlich“ 108
III. Betrachtung des Versuchs am nicht existierenden und am nicht vorhandenen Objekt 109
Kriminalpolitisch verwerfliche Wirkung des Postulates der „Gefährdung eines Rechtsgutes“ 109
Notwendige, aus der obigen Forderung folgende Inkonsequenz: Annahme eines abstrakten Rechtsgutes an Stelle des postulierten konkreten 110
IV. Der Versuch am untauglichen Objekt i. e. S. 112
a) Klee nimmt in diesem Fall „Vollendung“ an 112
b) deren Straflosigkeit auf dem Vorliegen eines „Mangels am Tatbestand“ beruht 115
Verhältnis vom Mangel am Tatbetsand zum Putativdelikt 119
V. Einwände Klees gegen den Subjektivismus 119
Entgegnung 119
Schlußbetrachtung 121

Digitized by Google

Seite

§ 6. v. Liszt ..... 121—137
I. Betrachtung und Beurteilung des Lisztschen Standpunktes in der Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs 121
II. Die von v. Liszt angenommene Duplizität des Vorsatz- und Versuchsbegriffes ist nicht gerechtfertigt 126
Richtig ist die Negierung der Aufstellbarkeit eines Mangels am Tatbestand 132
III. Die Stellung des délit manqué in v. Liszts Versuchstheorie.. 134
Verhältnis von v. Liszts Ansicht zu den romanischen Rechten 135
Beurteilung des Verfassers betreffend die Scheidung in beendeten und unbeendeten Versuch 137
Drittes Kapitel: **Subjektive Theorien** ..... 138—189
§ 7. Lammasch ..... 138—166
I. Nachteile und Zweifelsfragen der objektiven Theorien, welche den Übergang der Doktrin zum Subjektivismus veranlaßten und unterstützten 138
Es handelt sich bei der vorliegenden Kontroverse nicht um eine Abgrenzung der Tauglichkeit gegenüber der Untauglichkeit, sondern um eine Abgrenzung der Strafbarkeit des Versuchs im Allgemeinen 140
II. Lammaschs Erörterungen über den untauglichen Versuch 142
Dessen Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch 142
Der Zweck der Strafe nach Lammasch 143
Folgerungen aus diesem Zweck 143
Gründe für die absolute Strafbarkeit des Versuchs 145
Ist es richtig, wenn Lammasch „bewirken wollen“=„versuchen“ setzt 146
III. Ist der Versuch oder ist die Vollendung als primär strafbar zu erachten? 148
Nach Lammasch: der Versuch 148
Folgen dieses Standpunktes 149
Einwände gegen Lammaschs Ansicht 150
Hätte eine solche Konstruktion, wie die Lammaschsche, praktischen Wert; vertritt Lammasch diese auch tatsächlich? 151
IV. Der Grund der Strafe als Regulator der aus dem Zweck der Strafe an und für sich folgenden Konsequenzen 152
Dieser Grund liegt in der Verwirklichung des Vorsatzes, d. h. in der Vollendung der Handlung 153
Daraus folgt die Strafbarkeit der Vollendung und des beendeten Versuchs 157
Din Strafbarkeit des nicht beendeten Versuchs beruht auf der Vermutung der Vollendung 157
Folgerungen aus dem Grunde der Strafe: Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen 159
Möglichkeit einer Unterscheidung zwischen beendigtem und nicht beendigtem Versuch 160

Digitized by Google

Seite

Der Rücktritt vom Versuch beruht auf Rechtsprinzipien 160
Regelung der relativen Strafbarkeit .....
V. Der Begriff des unbeendeten und beendeten Versuchs 162
Das Putativdelikt 164
Abergläubische Mittel, auf welche der Begriff der Kausalität überhaupt keine Anwendung findet, gehören nicht zum untauglichen Versuch 164
Das Lammaschsche Postulat der Perfektionskraft ist zurückzuweisen 165
Schlußbeurteilung 166
§ 8. v. Buri ..... 166—189
Allgemeines 166
I. Einwände Buris gegen die objektiven und gemischten Theorien 168
Annahme des Subjektivismus 172
In jedem Versuch ist ein Irrtum über die Kausalität des Handelns gegeben. Es muß also jeder Versuch strafbar oder jeder straflos sein 172
Welches ist das maßgebende Kriterium zur Bestimmung des strafbaren Versuchs? Der Wille; denn die Handlung allein gibt uns keinen Aufschluß über die strafrechtliche Qualität des Konats 173
II. Der objektivierte Wille in v. Buris Lehre 175
Konsequenzen und Inkonsequenzen 177
Ansicht des Verfassers über das Postulat der Objektivierung bei Buri 179
III. Kurzer Rückblick auf die Vorzüge des Subjektivismus 186
Schlußurteil 188
Viertes Kapitel: **Eigene Ansicht des Verfassers** ..... 189—242
§ 9. Der Wille als Grundlage der Versuchsstrafe; Konsequenzen dieses Standpunktes ..... 189—205
I. Rücklick und Ausblick 189
II. Grundlage einer rein subjektiven Theorie 192
Leitende Gedanken 192
Im reinen Willen liegt das maßgebende Kriterium 194
Ist in einer solchen subjektiven Theorie eine Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch nötig? 194
III. Konsequenzen einer rein subjektiven Lehre 197
Sie übertritt nicht die Sätze „nulla poena sine lege“ und „cogitationis poenam nemo patitur“ 198
Regelung der relativen Strafbarkeit 199
Putativdelikt; Rücktritt vom Versuch 202
IV. Abweisung einer rein subjektiven Theorie 202
Ist überhaupt eine Möglichkeit gegeben Versuch=Wille aufzufassen? 204
§ 10. Gesetzgeberischer Ausgleich zwischen den verschiedenen Theorien ..... 205—243

Digitized by Google

Seite

Allgemeines ... 205
Warum vertreten wir einen subjektiven Ausgangspunkt? ... 206
I. Der objektivierte Wille als maßgebendes Kriterium für Bestimmung von Dasein und Strafbarkeit des Versuchs ... 206
Was ist Versuch? ... 207
Der „Anfang der Ausführung" im Verhältnis zu unserer Theorie ... 208
II. Die Grade des Versuchs; relative Strafbarkeit des gewöhnlichen Versuchs ... 211
Versuch und Vollendung sind gleich stark zu strafen, geht man von einer subjektiven Grundlage aus subjektiv folgernd vor ... 212
Innerhalb des Willens Abstufungen zu machen, halten wir nicht für gerechtfertigt; die weiteren Scheidungsversuche v. Buris halten wir für unzweckmäßig ... 212
Es bleibt nur übrig, sich auf die objektive Seite, die Objektivierung zu stützen ... 213
Der Nichteintritt des Erfolges als allgemeiner Milderungsgrund der Strafe des Versuchs ... 214
Die Nähe der Handlung zum Erfolg, die generelle Gefahr als Abstufungskriterium für die relative Strafbarkeit ... 217
III. Die relative Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gegenüber der des tauglichen; Festsetzung der relativen Strafbarkeit der einzelnen Fälle des untauglichen Versuchs unter sich ... 219
Unterschied unserer Theorie gegenüber den objektiven Gefahrtheorien 220
Eine „Inkonsequenz" unserer Theorie ... 220
Rückblick ... 221
Ein Nachteil unserer Ansicht ... 222
IV. Positivrechtliche Einschränkung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ... 222
Roher Aberglaube, grobe Unwissenheit. Die Regelung des untauglichen Versuchs im russischen Entwurf ... 225
Nähere Bestimmung der Einschränkungskriterien ... 227
V. Kurze Betrachtung der Stellung des Putativdeliktes in unserer Theorie ... 229
Begriff des Putativdelikts ... 230
Unterschied zwischen Putativdelikt und untauglichem Versuch ... 231
Ist ein solches Putativdelikt strafbar oder nicht? ... 231
VI. Bestimmung des „délit manqué" gemäß unserer Theorie 232
Stellung des délit manqué ... 232
Persönliche Ansicht ... 234
Das richtige Prinzip und die Bestimmung des fehlgeschlagenen Verbrechens gemäß demselben ... 235
Ist beim délit manqué tätige Reue möglich? ... 236
Welche Strafe soll das fehlgeschlagene Verbrechen treffen? ... 237
VII. Der Rücktritt vom Versuch ... 237

Digitized by Google

Seite

Die Wirkung des Rücktritts ist lediglich im positiven Gesetz begründet ... 239
Ist die strafaufhebende Wirkung beizubehalten? ... 239
Ist beim délit manqué tätige Reue möglich? ... 240
Besteht beim untauglichen Versuch die Möglichkeit eines Rücktritts i. w. S. ... 240
Schlußzusammenfassung ... 241

§ 11. **Anhang: Kurze Zusammenfassung der verschiedenen Theorien betreffend die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, geordnet nach Autoren** ... 243—289

I. Objektive Theorien ... 243
1. Rein objektive Theorien ... 243
a. Tatsächliche Vertreter der rein objektiven Lehre ... 243
b. Scheinbare Vertreter der rein objektiven Lehre ... 244
2. Feuerbachs Teorie ... 245
3. Die Mittermaiersche Richtung ... 245
a. Mittermaiersche Richtung i. e. S. ... 245
b. Sowohl beim Mittel als beim Objekt wird relative und absolute Untauglichkeit unterschieden ... 248
4. Theorien, welche die Unterscheidung in Rechts- und Tatunmöglichkeit des Erfolgseintritts zum Angelpunkt ihrer Schlußfolgerungen machen ... 270
5. Weitere Anhänger der objektiven Lehre, bei welchen ... 277
a. die Theorie in keine bisher aufgeführte Kategorie paßt ... 277
b. die Ansicht nicht genauer präzisiert werden konnte ... 281
6. Gemischte Theorien ... 283

II. Subjektive Theorien ... 286
1. Gemäßigte Subjektivisten ... 286
2. Strenge Subjektivisten ... 288
3. Strengste Subjektivisten ... 289
4. Anhänger der positiven Schule ... 289

Dritter Teil: **Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission (März 1896.) Persönliche Gesetzesvorschläge** ... 290—323

§ 1. Kritische Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen des Kommissionalentwurfs 1896 ... 290—320

I. Aufgabe und Ziel des 3. Teiles ... 290
Betrachtung der Versuchsbestimmung ... 291
Die Festsetzung der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen (294) im Verhältnis zur Versuchsnorm ... 295
Die Strafmilderung im Entwurf 1896 ... 297
Das délit manqué im Kommissionalprojekt ... 298

II. Welchen Standpunkt hat der Entwurf zu einem schweize-

Digitized by Google

Seite

rischen Strafgesetzbuch gebilligt, den subjektiven oder den objektiven? ... 301
Hat der Entwurf 1896 von der in der Schweiz stattgehabten geschichtlichen Entwicklung der unter I. behandelten Materien bei deren Festsetzung Abstand genommen? ... 305
III. Der Rücktritt vom Versuch im Entwurf 1896 ... 308
Die Rechtsentwicklung in der Schweiz im Verhältnis zur Rücktrittsbestimmung ... 311
IV. Der untaugliche Versuch im Kommissionalentwurf ... 312
Allgemeinere Betrachtung der Irrtumsbestimmung ... 313
Die Spezialbestimmung über untauglichen Versuch ... 315
Die bisherige Entwicklung diesbezüglicher Bestimmungen in den Schweizer-Kantonen ... 318
Schlußurteil über die Regelung im Entwurf 1896. ... 319
§ 2. Gesetzesvorschläge ... 320—323
a) Versuch ... 320
b) Rücktritt vom Versuch ... 321
c) Untauglicher Versuch ... 321
Schlußwort ... 323
Anhang ... 324—333
A) Bemerkungen zu Art. 19—21 des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch vom Juni 1903 ... 324—331
1. Definition des Versuchs; Bestimmung über die strafrechtliche Qualifikation der Vorbereitungshandlungen 325
2. Das fehlgeschlagene Verbrechen ... 326
3. Der Rücktritt vom Versuch ... 327
4. Der untaugliche Versuch ... 329
B) Das russische Strafgesetzbuch vom 22. März 1903 ... 331—333
Literaturverzeichnis ... 334—344

Digitized by Google

Vorwort.

Vorliegende Arbeit ist schon im Juli 1902 abgeschlossen worden. Die seitdem erschienene Literatur wurde, soweit tunlich, in die Anmerkungen eingearbeitet; in welchem Umfange, ist aus dem Literaturverzeichnis ersichtlich. —

Der dritte Teil ist im Hinblick auf den Kommissionalentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch vom März 1896 ausgearbeitet.[1]) Den vorläufigen Abschluß der gesetzgeberischen Arbeiten stellt der neuerdings im Juli dieses Jahres ausgegebene dritte offizielle Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (vom Juni 1903) dar.[2]) Um nicht weitgehende formelle Änderungen in meiner ursprünglichen Bearbeitung vornehmen zu müssen, wurde er in einem Anhang zum dritten Teil erörtert. Eine getrennte Betrachtung beider Entwürfe (1896 und 1903) war aber unbedenklich, da in Ermangelung veröffentlichter Protokolle[3]) ein organischer Zusam-

[1]) Vgl. unsere „einführenden Bemerkungen" unten S. 7 a. E., 8.

[2]) Der genauere Titel dieses Entwurfes lautet: „Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend die Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfes von 1896 beauftragten Expertenkommission. Juni 1903. Bern, Buchdruckerei Stämpfli. 1903.

[3]) Daß substantielle Protokolle über die Verhandlungen nicht geführt wurden, entnehme ich einer privaten Mitteilung des Herrn Privatdozenten Dr. Hafter (Zürich). Daß die in den jeweiligen Beschlüssen der Kommission sich kundgebenden Ergebnisse der Beratungen aufgezeichnet wurden, ergibt sich aus dem Vorwort zum Entwurf 1903 S. VI. Eine Veröffentlichung dieser Aufzeichnungen hat bisher nicht stattgefunden.

Digitized by Google

menhang zwischen den genannten Entwürfen nur in beschränktem Maße nachweisbar ist, nur in dem Umfange, als entweder die Bestimmungen des letzten Entwurfes mit denen des vorletzten übereinstimmen, oder die zu dem Entwurf 1896 geäußerten kritischen Stimmen die Fassung des Entwurfes 1903 bestimmt haben könnten. Letzteres Moment kommt kaum in Betracht. Denn Aufgabe der neuesten „kleinen Expertenkommission" war es ursprünglich wohl nicht, sachliche Änderungen an dem Entwurf 1896 vorzunehmen, sondern nur zu untersuchen, „ob die Texte des Vorentwurfes (1896. D. V.) überall den Beschlüssen der großen Expertenkommission genau entsprechen".[1]) Kritiker können also, streng genommen, keinen Einfluß ausgeübt haben oder doch nur dann, wenn ihre Ansicht mit Beschlüssen der großen Expertenkommission übereinstimmte. Ob nicht die „kleine Expertenkommission" im Laufe ihrer Arbeiten jene Aufgabe sich erweitert und materielle Änderungen vorgenommen hat, kann hier dahingestellt bleiben. Immerhin ist keine Notwendigkeit ersichtlich, das neue Projekt 1903 noch selbständig in den ersten Teil dieser Abhandlung einzuarbeiten.

Zur Geschichte der inneren Entwicklung der schweizerischen Strafgesetzentwürfe liegen umfangreiche Protokolle, Motive,[2]) Kritiken und anderes vor, aus denen sich Zweck und Ziel der einzelnen Norm zumeist mit hinreichender Sicherheit feststellen läßt. Die äußere Geschichte — ich meine damit die rein formale Feststellung der Reihenfolge der einzelnen Entwurfsteile in der Beratung, mit andern Worten, die Klarlegung der Basis der einzelnen Lesungen ist auch auf Untersuchung der Protokolle angewiesen.

Bei dieser äußeren geschichtlichen Entwicklung ist aber

---

[1]) Vgl. Entwurf 1903, Vorwort S. V. Über Aufgabe und Zusammensetzung der „kleinen Expertenkommission" vgl. weiterhin S.Z.S.S. Bd. XIV S. 485, 486 und ebenda Bd. XV S. 216 ff.

[2]) Vgl. bezüglich der Protokolle das Literaturverzeichnis unter „Verhandlungen"; bezüglich der Motive siehe dieses Stichwort ebenda.

Digitized by Google

noch einen Augenblick zu verweilen.[1]) Es liegt mir ganz besonders daran, in dieser Hinsicht klar und deutlich zu sein.

Den amtlichen Veröffentlichungen[2]) ist zu entnehmen, daß bis heute drei Entwürfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch zu unterscheiden sind:

1. Die Vorentwürfe vom 15. August 1893 und vom 1. August 1894,

wovon der erstere nur den allgemeinen Teil umfaßt, der letztere dagegen die erste Gesamtausgabe des allgemeinen und besonderen Teiles darstellt. (Über das gegenseitige Verhältnis der beiden Arbeiten wird weiter unten des näheren die Rede sein.)

2. Der Kommissionsentwurf vom März 1896.
3. Der Kommissionsentwurf vom Juni 1903.

Das Vorwort zum August-Entwurf von 1893 („Mitteilung") spricht unter anderem auch von den Kritikern, welche ihre Ansicht über diesen allgemeinen Teil geäußert hätten und nennt als solche die Professoren Lammasch, v. Lilienthal, v. Liszt, Merkel und Wach.[3]) Es mag vorweggenommen werden, daß Lammaschs Kritik eine private gewesen und geblieben sein muß; in der Öffentlichkeit ist von einer Kritik Lammaschs zum August-Entwurf 1893 nichts bekannt geworden. Ebensowenig ist aber eine Kritik Merkels zu diesem Entwurf veröffentlicht worden; hingegen hat Merkel „Randbemerkungen" zu einem „Vorentwurf" vom Juni 1893 geschrieben, welche zweifache Publikation gefunden haben.[4]) Es liegt also kein Grund vor, sich nicht auf diesen „Vorentwurf" zu beziehen,

---

[1]) Über die Vorgeschichte der schweiz. Einheitsstrafgesetzgebung vgl. die Motive zu dem August-Entwurf von 1893 (September 1893) S. 3—7, ferner die Botschaft des Bundesrates S. 5ff., Zürchers Denkschrift S. 10ff., Meyer v. Schauensee, Zur Geschichte und Kritik des Stooßschen Entwurfes S. 3; Schweizerisches Strafrecht, Mitgeteilt S. 98ff.

[2]) Über deren Zahl und Umfang vgl. Teichmanns Bibliographie S. 3, 4, 7, 8, 11, 12. Hinzuzufügen ist nun noch der Entwurf von Juni 1903.

[3]) Vgl. Entwurf 1893 (August) S. 2, 3.

[4]) Vgl. das Literaturverzeichnis bei Merkel, Randbemerkungen.

Digitized by Google

klar muß man sich jedoch dabei bleiben, daß ein Entwurf im eigentlichen Sinne, d. h. „eine Gesetzesarbeit, die einen wenigstens vorläufigen sachlichen Abschluß im Sinne des Verfassers bedeutet", in dieser Hilfsfassung, die auch nur den allgemeinen Teil[1]) enthält, nicht gesehen werden darf. Sie stellt nur eine der mehreren Vorredaktionen dar, welche Professor Stooß vor Veröffentlichung des Entwurfes vom 15. August 1893 verfaßt hat. Ohne Namen- und Auftragnennung, als Manuskript gedruckt, wäre sie in dieser Arbeit einer öffentlichen Besprechung nicht unterzogen worden, wenn nicht Stooß selbst schon ihre Publikation vorgenommen. Der Kürze halber ist diese Vorredaktion, dieser Probeentwurf im Folgenden als Entwurf vom Juni 1893 bezeichnet. Auf eine Darlegung des Verhältnisses dieses Entwurfes zu dem von 1893 (August) ist wegen des oben angeführten Charakters des Juni-Entwurfes als bloßer Vorredaktion zu verzichten. Diese Betrachtung jedoch im Umfange der Versuchsmaterie durchzuführen, konnte ich mir in vorliegender Arbeit um so weniger versagen, als Adolf Merkels kritische Äußerungen die Fassung des folgenden Entwurfes 1893 (August) doch etwas beeinflußt zu haben scheinen.[2]) —

Die höchst dankenswerte, teilweise aber etwas ungenaue[3])

---

[1]) Es sei hier schon bemerkt, daß sich die Ausdrücke „allgemeiner" und „besonderer Teil" im Folgenden jeweils nur auf das „erste Buch" der Entwürfe beziehen, sodaß „allgemeiner Teil" soviel bedeutet als „allgemeiner Teil des ersten Buches" (von den Verbrechen). Analog beim „besonderen Teil". Von den Übertretungen ist vorläufig abgesehen.

[2]) Vgl. unsere Arbeit Teil I § 1 a S. 9, ebenda § 4 a S. 30.

[3]) „Ungenau" ist die Arbeit insofern sie nach einer Seite zu wenig, nach einer andern Seite zu viel bietet. So ist bei Teichmann eine offenbar amtliche Ausgabe des Entwurfs 1894 nicht zitiert, nämlich: „Schweizerisches Strafgesetzbuch". — Vorentwurf mit Motiven im Auftrage des schweiz. Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooß. — Code pénal suisse. — Avant-projet de code pénal et motifs à l'appui de l'avant-projet traduits par mission du département fédéral de justice par Alfred Gautier. — Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Co., 1894. gr. 8° (XI., 356 S.). Andrerseits ist aber eine in keiner amtlichen Veröffentlichung berührte Ausgabe des Entwurfes 1894 vom Juli 1894 angeführt (vgl.

Digitized by Google

Bibliographie über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch von Professor Dr. Albert Teichmann in Basel führt schon vor 1903 drei Entwürfe an, nicht etwa infolge einer Berücksichtigung des Juni-Entwurfes 1893, vielmehr auf Grund scharfer Trennung der Projekte vom 15. August 1893 und vom 1. August 1894. Sie begeht damit der amtlichen Auffassung gegenüber offenbar eine Unrichtigkeit;[1]) richtig verstanden kann diese Scheidung jedoch höchst zweckmäßig sein.

Der Grund, weshalb die Entwürfe 1893 (August) und 1894 von den amtlichen Veröffentlichungen als Einheit aufgefaßt werden,[1]) liegt offenbar darin, daß der „Entwurf eines allgemeinen Teiles“ nicht als „Entwurf eines Strafgesetzbuches“ aufgefaßt werden kann, weiterhin wohl auch in dem Umstand, daß — nach Vorbericht zu Entwurf 1894 S. IV — „auf Grund der Verhandlungen der Expertenkommission (über den August-Entwurf 1893. D. V.) und mit Berücksichtigung der wissenschaftlichen Kritik der Verfasser den allgemeinen Teil des Entwurfes umarbeitete und sodann den besonderen Teil (d. h. den Entwurf 1894 in vorläufiger Fassung (in toto). D. V.) entwarf.“[2])

Teichmann Bibliographie S. 7). Nach der Denkschrift und der von uns benutzten Ausgabe datiert der Entwurf 1894 vom 1. August (vgl. Botschaft S. 11 u. unser Literaturverzeichnis unter: Vorentwurf). Wollte aber Teichmann in jeder Beziehung Vollständigkeit bieten, so hätte in seiner Bibliographie auch die von der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft veröffentlichte Textausgabe des Entwurfes 1894 (auch datiert vom Juli 1894!) angeführt sein müssen.

[1]) Die amtliche Auffassung scheint die Entwürfe von August 1893 und von 1894 als eine Einheit aufzufassen. In amtlichen Veröffentlichungen werden sie öfters ungeschieden aufgeführt; vgl. z. B.: Denkschrift S. 11; Vorwort zum Entwurf 1896 S. II a. A. („den Vorentwurf“), ebenda S. IV („die Kommission beriet den Entwurf (E. 1893/94 ist gemeint) in 6 Tagungen“, ebenso: „der Verfasser des Entwurfes“ (E. 1893/94 ist gemeint. Der gleiche Ausdruck kehrt a. a. O. S. VI mehrmals wieder). Dann S. IV a. E.: „doch hat der erste Entwurf“ (also wieder E. 1893/94). Die gleiche Auffassung zeigt sich in dem Beschlusse der Expertenkommission: Verhandlungen Bd. I S. 314; näheres über das Verhältnis der Fassungen 1893 (August) und 1894 vgl. oben im Text.

[2]) Vgl. den Vorbericht zum E. 1894 S. VI.

Digitized by Google

Damit ist also der Entwurf 1894 nichts anderes als eine Weiterbildung des August-Entwurfes 1893? —

Mehrfach ist nun in den amtlichen Materialien hervorgehoben,[1]) von mir in vorliegender Arbeit verschiedentlich betont,[2]) von Gretener, ja von Stooß selbst ausgesprochen worden, daß die Expertenkommission eine „konsultative" Stellung eingenommen habe,[3]) daß die Entwürfe „Privatarbeit" des Redaktors seien, „so lange als der Bundesrat und das Justizdepartement nicht mit der Aufgabe befaßt sind, ein Strafgesetzbuch zu entwerfen. Diese Aufgabe fällt aber den Bundesbehörden erst zu, wenn die Bundesverfassung die Vereinheitlichung des Strafrechts vorsieht."[4]) Da nun erst im Jahre 1898 die benötigte Änderung der Bundesverfassung durch Volksabstimmung gutgeheißen wurde, gelten wohl alle Entwürfe bis zu diesem Zeitpunkte als Privatarbeiten. Es ist deshalb auch weiter nicht verwunderlich, wenn der amtliche Bericht zum Entwurf 1894 weiterfährt: „Nachdem der gesamte Entwurf vorlag, wurde der zweite (NB.: unveröffentlicht gebliebene. D. V.) Entwurf des allgemeinen Teils einer sorgfältigen Nachprüfung unterzogen und diese führte zu weiteren Abänderungen und Ergänzungen des allgemeinen Teils. Der vorliegende Gesamtentwurf soll nun ein einheitlich in sich abgeschlossenes und gleichmäßig ausgestaltetes Ganzes bilden."[5]) — Die Nachprüfung, wie auch die Abänderungen und Ergänzungen werden naturgemäß vom Verfasser des August-Entwurfes 1893 und des Entwurfes 1894 vorgenommen worden sein. Stooß hatte dabei das Recht, die Kommissionsbeschlüsse soweit zu berücksichtigen, als er es für gut fand, sie anzunehmen, sie zu verwerfen. An verschiedenen Stellen der vorliegenden Arbeit ist dieser selb-

[1]) arg. Vorbericht zu Entwurf 1894 S. VI; Vorwort zu Entwurf 1896 S. VI.

[2]) Vgl. unsere Arbeit S. 23 und S. 320.

[3]) Vgl. Gretener, Gerichtssaal Bd. 54 S. 317.

[4]) v. Lilienthal S. 260 Anm. 1 (auf Grund einer privaten Äußerung von Stooß) und Stooß, Bericht S. 5.

[5]) Vgl. Vorbericht zu Entwurf 1894 S. VI.

Digitized by Google

ständigen Stellung des Redaktors als Entwicklungsfaktor gedacht worden; eigentümlich wirkt dabei höchstens der Umstand, daß Beschlüsse, denen der Redaktor selbst seine Stimme gab, späterhin nicht beachtet sind, Ansichten, die er bekämpfte, eine Stütze im folgenden Entwurf finden. Es mag dies durch die Absicht bedingt sein, dem Entwurf die gleichmäßige Ausgestaltung zu wahren.[1])

Der (Gesamt-)Entwurf 1894, der nach all diesen Abänderungen vorliegt, zeigt denn auch den nach den oben angeführten Tatsachen erwarteten Habitus. Er ist mit Bezug auf den allgemeinen Teil nicht nur eine Weiter-, sondern vielfach eine Neubildung. Er beruht — was unsere Spezialmaterie (Versuch) anbelangt — allerdings in erster Linie auf den persönlichen Entschließungen des Redaktors, doch sind andere Bestimmungen genau gleich wieder aufgenommen, wie sie im August-Entwurf 1893 lauteten, wieder andere aber entsprechen den von der Kommission vorgeschlagenen oder beschlossenen Änderungen. Damit ist für den allgemeinen Teil trotz der Neubildungen eine gewisse Kontinuität festgestellt. Man kann daher sowohl aus formellen als auch aus materiellen Gründen den Entwurf des allgemeinen Teiles 1893 in den Gesamtentwurf 1894 einbeziehen, dies mit um so mehr Recht, als ja der Entwurf 1894 den ersten eigentlichen Entwurf eines Strafgesetzbuches, d. h. eine Normierung des ganzen materiellen Strafrechts darstellt. Dieser Auffassung gemäß ließe sich denn auch von einem Entwurf 1893/94 sprechen, wobei der allgemeine Teil als Entwurf 1 a, der Gesamtentwurf als Entwurf 1 b zu betrachten wären.

Es würde sich aber auch — einer formell andern Ansicht folgend — eine schärfere Scheidung begründen lassen; denn es könnte sicherlich jede der beiden Entwurfsfassungen 1893 (August) und 1894 als „eine Gesetzesarbeit" aufgefaßt werden, die einen wenigstens vorläufigen, sachlichen Abschluß bedeutet,

[1]) Vgl. z. B. unsere Arbeit Teil I § 1 b S. 12 und Teil I § 4 b S. 37.

Digitized by Google

das eine Mal allerdings allein auf den allgemeinen, das andere auf den allgemeinen und besonderen Teil bezogen. Weiterhin könnte aber auch in dem Umstand, daß der Entwurf 1894 den Verhandlungen der Expertenkommission über den allgemeinen Teil in der zweiten Lesung zugrunde lag, ohne daß wesentlich auf das Projekt 1893 zurückgegriffen wurde, die Berechtigung gesehen werden, diesen Entwurf 1894 als zweiten Entwurf zu bezeichnen. Und da der besondere Teil sich nach dem allgemeinen richtet, so stünde eben die erste Redaktion des besonderen Teiles im zweiten Entwurf. Bei den obigen Folgerungen würde man aber — abgesehen davon, daß deren Gründe nicht recht stichhaltig wären — den Begriff Entwurf in zweifachem Sinn gebrauchen. Einmal würde der Teilentwurf über den allgemeinen Teil als selbständiger Entwurf aufgefaßt, dann aber wieder der Gesamtentwurf eines Strafgesetzbuches mit dem Namen Entwurf bezeichnet.

Es wir demgemäß der Wirklichkeit entprechender sein, die Entwürfe 1893 (August) und 1894 nicht allzu scharf voneineinander zu trennen, sie vielmehr als Entwurf 1 a und 1 b oder als Entwurf 1893/94 zu bezeichnen. In der vorliegenden Arbeit wird dagegen eine selbständige Betrachtung der beiden Fassungen durchgeführt werden müssen. Gegen diese wiederum wird sich um so weniger einwenden lassen, als sich die Erörterungen auf einen kleinen Bruchteil des allgemeinen Teiles beschränken und daher die Trennung durch den Umstand eine schärfere und berechtigtere wird, daß im Teilentwurf 1893 (August) die Grundlage der ersten Lesung, im Entwurf 1896 die Basis der zweiten Lesung des allgemeinen Teiles liegt. Es mag sich überhaupt für die Darstellung der materiellen Entwicklung der einzelnen Bestimmungen in den schweizerischen Strafgesetz-Entwürfen eine andere Auffassung, Zählung und im Gefolge auch Terminologie der „Entwürfe“ empfehlen, als bei Darstellung der formellen Geschichte. Außerdem mag in concreto eine Unterscheidung für die Erörterung des allgemeinen, eine andere für

Digitized by Google

die Besprechung der Bestimmungen des besonderen Teiles empfehlenswert sein. Um aber jeden Irrtum in der Folge auszuschließen, sei noch besonders hervorgehoben, daß in dieser Arbeit mit „August-Entwurf 1893“ der erste amtliche (Teil-)Entwurf eines allgemeinen Teiles bezeichnet wird, während mit der Bezeichnung „Entwurf 1894“ der erste Gesamtentwurf vom 1. August 1894 ins Auge gefaßt ist.

Die Motive zu diesen beiden Entwürfen sind allerdings von einander getrennt veröffentlicht worden. Immerhin verweist das Vorwort zum Entwurf 1894 auf die Motive vom September 1893 mit den Worten zurück: „Da der zweite Entwurf des allgemeinen Teiles (hier ist der 1894 veröffentlichte Entwurf gemeint. D. V.) auf den nämlichen Grundlagen beruht, wie der erste Entwurf, und die Abweichungen sich nur auf allerdings zahlreiche Einzelheiten beziehen, so darf für seine Begründung auf die Motive zum ersten Entwurf des allgemeinen Teiles verwiesen werden und es wird genügen, die wichtigsten Abänderungen und Ergänzungen kurz zu rechtfertigen.“[1]) — Für die Darlegungen in dieser Arbeit lag demnach die Sachlage so, daß für den Entwurf nur die Motivierung der Änderungen beachtet zu werden brauchten. Was gleich blieb, hatte für die geschichtliche Entwicklung keine Bedeutung, es konnte dabei nicht zweifelhaft sein, daß auf die Begründung im Entwurf 1893 (August) zurückzugreifen war. Auch durch diese Umstände wird Trennung und Zusammenhang der beiden Entwürfe August 1893 und 1894 gleichmäßig betont.[2]) —

Der Entwurf 1894 lag der Expertenkommission bei der ersten und zweiten Lesung des besonderen und bei der zweiten

---

[1]) Vgl. Vorbericht zum Entwurf 1894 S. VI a. E.

[2]) Deutlich hebt Lilienthal diese Momente hervor in seiner Kritik über Entwurf 1893 (August) und Entwurf 1894, einesteils durch die Gegenüberstellung der Texte, dann durch seine ausführlichen Erörterungen. Vgl. Lilienthal a. a. O. S. 260ff. (II. Teil seiner Kritik).

Digitized by Google

Lesung des allgemeinen Teiles vor. In fünf Tagungen wurde das Projekt durchberaten.[1]) Allerdings stimmte die Fassung, welche den Verhandlungen des allgemeinen Teiles zugrunde lag, nicht überall mit derjenigen des Entwurfes 1894 überein. Einzelnes war bei der ersteren neu hinzugefügt, einzelnes weggelassen, dadurch ergab sich die feststellbare Verschiebung der Artikelzahlen. Im wesentlichen ist der Inhalt der Verhandlungsfassung des Entwurfes 1894 der gleiche wie derjenige des Entwurfes 1894 selbst. Sachliche Änderungen zeigen sich aber gerade in den Versuchsbestimmungen. Hierin bestehen gegenüber 1894 einige bedeutende Unterschiede. Und weiter fällt dann auch noch auf, daß die Verhandlungsfassung der Versuchsnormen (allerdings im Zusammenhang mit den dazu zum Teile wieder eingebrachten Amendements [darüber unten]) im großen und ganzen den Beschlüssen und Wünschen sich nähert, welche die Expertenkommission in erster Lesung ausgesprochen.[2]) Diese Verhandlungsfassung, welche der zweiten Lesung der in der vorliegenden Arbeit verarbeiteten Bestimmungen zugrunde liegt, nennen wir **mit Beschränkung auf eben diese Bestimmungen** und lediglich zur Vereinfachung der Zwecke der Arbeit: „Entwurf 1895". Es soll dadurch der Unterschied der Regelung scharf hervorgehoben werden, wie er auch bei einzelnen weiteren Normen sich zeigt; und dieser Unterschied zwischen 1894 und 1895 soll um so stärker betont werden, als bei einer geschichtlichen Darstellung auf die Scheidung der einzelnen Phasen ganz besonders Gewicht gelegt werden muß. Niemand wird es einfallen, nach dieser Darlegung den „Entwurf 1895" als eigentlichen „Entwurf" zu betrachten.[3])

[1]) Über die einzelnen Tagungen, ihre Aufgabe und ihre Arbeitsleistung vgl. Verhandlungen Bd. I S. 1 u. 2, 313—315, Bd. II S. 1—3, 157—159, 295—298, 485—488; vgl. dazu auch Meyer v. Schauensee S. 1—13; Gretener, G.S. Bd. 51 S. 458.

[2]) Vgl. darüber unsere Arbeit Teil I.

[3]) Von Interesse mag noch die Feststellung sein, daß sich das Verhältnis

Digitized by Google

Die im Anhang zum ersten Teil (§ 5) zitierten Amendements zum „Entwurf 1895“ sind von Stooß gleich bei Beginn der Verhandlungen zweiter Lesung für die bezüglichen Normen vorgeschlagene erneute Änderungen des „Entwurfes 1895“ oder mit anderen Worten Änderungen der Änderungen des Entwurfs 1894. Da diese, ab initio vorgeschlagen, auch den Beratungen eigentlich zugrunde lagen, hielt ich deren Hervorhebung für zweckmäßig.

Zu diesen Verhandlungen zweiter Lesung hat nun Lammaschs Kritik vorgelegen.[1]) Seinen Äußerungen über den allgemeinen Teil liegt offenbar der Entwurf 1894 samt den für die Beratung zweiter Lesung darin vorgenommenen Änderungen zugrunde (es ist also der „Entwurf 1895“ darin schon einbegriffen). Über jene Fassung aber, auf welcher die Kritik des besonderen Teiles aufgebaut ist, habe ich mir kein Bild machen können. Sie scheint weder die des besonderen Teiles des Entwurfes 1894 zu sein, noch ist sie etwa jene der ersten Lesung, welche zum Teil dem Entwurf 1894 entspricht, zum Teil eine neue Fassung aufweist, noch stimmt sie endlich mit jener auf Grund der Verhandlungen erster Lesung abgeänderten Fassung überein, auf der die zweite Lesung basierte. Hier Hypothesen aufzustellen hat aber keinen Zweck! —

Es ist demnach richtig, wenn auch nicht gerade genau, wenn die amtliche Darstellung davon spricht, daß der Entwurf

---

des Entwurfs 1894 (besonderer Teil, Basis der ersten Lesung) zu jener Fassung des Entwurfes 1894 (besonderer Teil) die den Verhandlungen zweiter Lesung zugrunde lag, ganz ähnlich verhält, wie das oben (bes. S. XXI) näher dargelegte Verhältnis von Entwurf 1893 (Aug., allg. Teil) zu Entwurf 1894 (allg. Teil). Analog ist das Verhältnis der ersten Neufassung der Sittlichkeitsdelikte zu deren zweiten Abänderung (vgl. die Übersicht auf S. XXVI, XXVII).

Der besondere Teil zweiter Lesung (abgeänderter [bei Sittlichkeitsdelikten doppelt abgeänderter] Entwurf 1894) stellt sich zum Entwurf 1896 (bes. Teil), wie der allgemeine Teil zweiter Lesung (E. 1894/[95]) zum Entwurf 1896 (allg. Teil); vgl. darüber unten S. XXVIII.

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 297.

Digitized by Google

Dem Buch	Teil[1]):	Artikel:	liegt in Lesung:	folgende Fassung zugrunde:	vgl. darüber Verhandlungen:
I.	allgem.	1—46	erster	E. von Aug. 1893	Bd. I S. 3—302.
				(Art. 3, § 2 wird noch in neuer Fassung vorgelegt u. zwar zweimal):	Bd. I S. 86, S. 285.
				(Die Art. 9—11 werden ebenfalls in neuer Fassung nochmals beraten):	Bd. I S. 285 ff.
I.	besonderer	50—86	erster	E. Aug. 1894	Bd. I S. 315 und 316 bis 431.
				(Art. 60—63 werden weiterhin verhandelt in einer neuen 2. Fassung): . . .	Bd. I S. 351 ff.
I.	besonderer	87—99 117—136 159—161	erster	E. Aug. 1894.	Bd. II S. 4-53, (53-60) Bd. II S. 60—141. Bd. II S. 142—155.
				(Art. 99—116 = Verbrechen gegen die geschlechtliche Sittlichkeit u. Freiheit werden zur Umarbeitung an d. Red. zurückverwiesen): . .	Bd. II S. 53—60.
				(Art. 159—161 sind mit Rücksicht auf die Motion Vogelsanger vorgängig behandelt):	Bd. II S. 3, S. 142 ff.
I.	besonderer	104—121	erster	Neue Fassung. — Es sind die Bestimmungen, welche an Stelle der oben zurückverwiesenen Art. 99—116 getreten sind. Durch die Neubearbeitung ergab sich eine Verschiebung in den Artikelzahlen):	Bd. II S. 159, S. 160 bis 207.
I.	besonderer	151—199	erster	Fassung: teilweise dem E. 1894 entstammend, teilweise neu redigiert. Art. 151 ist der frühere Art. 136 in neuer Fassung. Durch die Änderungen gegenüber E. 94 (vgl. schon oben Art. 104—121) ergibt sich die Artikelzahlverschiebung: .	Bd. II S. 159, S. 207 ff.

[1]) Hier sind auch die Übertretungen in die Darstellung einbezogen (II. Buch). Hierdurch ergibt sich die doppelte Scheidung in allgem. und besonderen Teil des I. u. II. Buches.

Digitized by Google

Dem Buch	Teil [1]):	Artikel:	liegt in Lesung:	folgende Fassung zugrunde:	vgl. darüber Verhandlungen:
				Die Ziffern 121—151 würden die Abschn. umfassen, welche schon früher auf Grund des E. 94 beraten worden sind, d. h. die Abschnitte zwischen denjenigen der Sittlichkeitsdelikte u. der gemeingefährlichen Verbrechen:	Bd. II S. 1 ff. und S. 157 ff. nebst dazu gehörigem Text.
II.	besonderer	210—237	erster	Im wesentlich. E. 1894; sehr viel Neues, daher Änderung d. Artikelzahl. (auch schon infolge obiger Änderung):	Bd. II. S. 297, 299 ff.
I.	allgem.	1—18	zweiter	E. 1894 in teilweise neuer Fassung (1895); (die neue Fassung der Versuchsbestimmung nennen wir: „Entwurf 1895“):	Bd. II S. 297—298; S. 351—409.
II.	allgem.	200—209	erster	Wesentlich E. 94 (vgl. das oben zu Art. 210—237 Gesagte):	Bd. II S 298, S. 471 ff.
I.	allgem.	19—50	zweiter	E. 1894 (vgl. das zu Art. 1 bis 18 Gesagte):	Bd. II S. 409—471.
I.	besonderer	51—206	zweiter	Neue Fassung, abgeändert infolge der Verhandlungen erster Lesung	Bd. II S. 489 ff.
II.	allgem.	207—214	zweiter		
II.	besonderer	214—251	zweiter		

Entwurf	Zählweise in: der Arbeit des Verfassers	Zählweise in: in den amtlich. Werken
1893 Juni	erster	—
1893 August	zweiter	erster (1 a)
1894 August	dritter	erster (1 b)
1895 (Verhandl.-Fassung)	vierter	—
1896 März	fünfter	zweiter
1903 Juni	sechster	dritter

[1]) Hier sind auch die Übertretungen in die Darstellung einbezogen (II. Buch). Hierdurch ergibt sich die doppelte Scheidung in allgem. und besonderen Teil des I. u. II. Buches.

Digitized by Google

in zwei Lesungen durchberaten worden sei;[1]) deutlicher wäre es gewesen, wenn dies von den einzelnen Teilen ausgesagt worden wäre. Man hätte dann den Anschein vermieden, als läge jeder einzelnen Lesung auch ein besonderer oder auch der ursprüngliche einheitliche Entwurf in primärer resp. abgeänderter Fassung zugrunde. Die Kontinuität der Entwicklung ist feststellbar, die einzelnen Details aber finden nicht immer eine klare Erklärung im Protokoll oder in den Motiven. Eine knappe Zusammenstellung der Grundlagen der einzelnen Lesungen unter Berücksichtigung der Reihenfolge der verhandelten Materien wird alles Nötige klar aufweisen (vgl. jetzt die Tabellen auf S. XXVI, XXVII).

Beizufügen wäre nur noch der Vollständigkeit halber, daß am Schlusse der Verhandlungen erster Lesung über den besonderen Teil des ersten Buches bei fast jedem einzelnen Artikel eine auf Grund der Kommissionsbeschlüsse aufgestellte vorläufige Fassung angegeben ist.[2]) Eine angenehme Erleichterung für Vergleichung gegenüber späteren Texten, ist diese Normierung doch an und für sich unmaßgeblich. Kehrt sie in den Verhandlungen zweiter Lesung wieder, so ist sie dort zu berücksichtigen; ist sie inzwischen abgeändert worden, so ist nur die neue Fassung maßgebend. —

Auf Grund der Beschlüsse der Expertenkommission (zweite Lesung) ist dann der Kommissionalentwurf des Jahres 1896 veröffentlicht worden. Auch hier hatte der Redaktor noch einige Aktionsfreiheit. „Die Beschlüsse der Kommission wurden meist grundsätzlich gefaßt und die Ausführung derselben dem Verfasser des Entwurfs überlassen, da nur bei dieser Behandlung die Einheitlichkeit des Entwurfs, ..., gewahrt werden konnte.“[3])

[1]) Vgl. Vorwort zu Entwurf 1896 S. IV; Botschaft S. 11; über die einzelnen Tagungen vgl. die oben in Anm. 1 S. XXIV angeführten Schriften. Über die einzelnen Sitzungstage und deren Arbeitspensum vgl. die Verhandlungen am dort angeführten Orte.

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 316ff. (vgl. z. B. S. 323, 365, 419 u. a.), Bd. II S. 4ff. (z. B. 46, 94 u. a.).

[3]) Vgl. Vorwort zu Entwurf 1896 S. VI.

Digitized by Google

Doch kann bei den allermeisten Bestimmungen festgestellt werden, daß im neuen Entwurf wesentlich die Beschlüsse der Kommission vollzogen sind.

Damit war die Kodifikationsarbeit vorläufig auf einem Ruhepunkt angelangt. Die Denkschrift Zürchers von 1901 scheint dann aber „die Sache wieder ins Rollen gebracht zu haben". Wenige Tage nach deren Vorlegung wurde vom Justizdepartement eine „kleine" Expertenkommission einberufen, der im wesentlichen jene Aufgaben überwiesen wurden, die Zürcher in seiner Denkschrift hervorgehoben hatte.[1])

Inzwischen waren im Verlaufe der Jahre 1899 und 1901 von Stooß mehrere Arbeiten vollendet worden, welche zum Teil eine allgemeinverständliche Darstellung von Grund und Ziel des bisher Vollendeten (so Stooß, Bericht; vgl. Literaturverzeichnis), zum Teil die Ermöglichung einer konsequenten Weiterführung der Kodifikationsarbeit (so Stooß, Vorschläge, und Stooß, Abänderungsanträge; vgl. Literaturverzeichnis) beabsichtigten. Diese Arbeiten sind im Buchhandel nicht erschienen, wurden aber schon so oft zitiert, daß sie als bekannt vorausgesetzt werden können und ihrer Benutzung wohl nichts entgegensteht.[2])

Im Jahre 1901 noch trat die kleine Expertenkommission zusammen. Als Ergebnis ihrer Arbeit ist vor kurzem der Entwurf 1903 veröffentlicht worden, aus dessen Vorwort das geschichtlich Wissenswerte mit Bezug auf diese neueste Entwurfsausgabe entnommen werden kann. Für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind lediglich folgende Punkte:

[1]) Vgl. bezüglich des Datums: einerseits Denkschrift S. 1, andrerseits Vorwort zu Entwurf 1896 S. V (vgl. dazu auch Meyer v. Schauensee, Strafrechtsreform S. 59). Bezüglich der Aufgaben vgl. die Denkschrift S. 20ff. mit dem Vorwort zu Entwurf 1896 S. V.

[2]) Zitiert sind diese Arbeiten z. B. im Vorwort zu Entwurf 1903. Der Bericht ist weiter angeführt bei v. Bülow, „Schweizerisches und deutsches Strafrecht". (Deutsche Juristen-Zeitung, VII. Jahrgang 1902 S. 4); bei Meyer v. Schauensee, Strafrechtsreform S. 17 (unter der Bezeichnung „Motive") und bei Zürcher, Denkschrift S. 13.

Digitized by Google

1. Die Protokolle geben über die Verhandlungen selbst keinen Aufschluß; sie beziehen sich nur auf die Ergebnisse der einzelnen Sitzungen.[1]) (Vorläufig sind sie jedoch noch nicht veröffentlicht.)
2. Die redaktionelle Bereinigung der Kommissionsbeschlüsse stand Herrn Professor Stooß zu.[2])
3. Unter den Aufgaben der Kommission wird genannt: „Die Nachprüfung des Textes des Entwurfes (1896) darauf hin, ob derselbe überall den Beschlüssen der großen Expertenkommission genau entspreche.“[3])

Bei Erörterung des Entwurfes 1903 im Anhang zum dritten Teile dieser Arbeit wird es daher eine der Hauptaufgaben sein, das Augenmerk auf das Verhältnis zwischen den Entwürfen 1896 und 1903 zu richten. —

Infolge freundlicher Mitteilungen des Herrn Professor Stooß (Wien) bezüglich der geschichtlichen Entwicklung der schweizerischen Einheitsstrafgesetzgebung sah ich mich veranlaßt, die amtlichen Materialien zu dieser Gesetzgebung nochmals genauer zu prüfen. Das Ergebnis legte ich in diesem geschichtlichen Vorbericht nieder, der leider den Rahmen eines Vorwortes fast überschreitet. Dabei lag mir in erster Linie daran, die in der folgenden Arbeit gebrauchte Terminologie, in welcher das Wort „Entwurf“ mehrmals zu rein formellen Zwecken geprägt worden ist und dem gewöhnlichen Sinne nicht entspricht, zu erklären. Die geschichtliche Entwicklung hätte durch noch ausführlichere, detailliertere Darstellung an Klarheit gewonnen, doch mußte das Hauptinteresse bei den obigen Darlegungen dem allgemeinen

[1]) Vgl. dazu oben unsere Anm. 3 S. XV. — Einzelne Zusammenstellungen solcher Ergebnisse (der Beschlüsse) wurden mir durch die Zuvorkommenheit eines Zürcher Freundes zur Verfügung gestellt. Von der Veröffentlichung dieser Arbeiten habe ich jedoch abgesehen, weil sie allein ein Bild der Entwicklung nicht geben können. Alle Zwischenmaterialien zu erhalten, war mir aber nicht möglich. Immerhin hätten schon die mir vorliegenden genügt, um ein starkes Schwanken innerhalb der „kleinen Expertenkommission“ in der Versuchsfrage feststellen zu können. —

[2]) Vgl. Vorwort zu Entwurf 1903 S. VIII.

[3]) Vgl. Vorwort zu Entwurf 1903 S. V.

Digitized by Google

Teil und darin wiederum der Versuchs- und Irrtumsbestimmung zugewendet werden. Diesen Ausführungen liegen sämtliche mir zugänglich gewordenen offiziellen Veröffentlichungen zugrunde. So weit die Bestimmungen in Frage kommen, welche in mein Arbeitsgebiet fallen, ist das Detail aus dem ersten Teil der Arbeit ersichtlich. Im übrigen sei noch auf die oben gegebene knappe Übersicht der Lesungen verwiesen.

Ob ich die wissenschaftlichen Kritiken in ihrem Einfluß auf die verschiedenen Neuredaktionen des Entwurfes richtig abgeschätzt habe, ist mir um so zweifelhafter, als bei ersteren nicht immer das Datum der Veröffentlichung angegeben ist, besonders, wenn die Kritiken in Zeitschriften veröffentlicht worden sind. Es kann sich bei diesen Erwägungen allerdings wesentlich nur um Merkels „Randbemerkungen" handeln. Doch ist wohl anzunehmen, daß diese Stooß vor Redaktion des August-Entwurfes 1893 vorgelegen haben. —

Zum Schlusse drängt es mich noch, meinem verehrten Lehrer Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. von Liszt für die vielen wertvollen Anregungen bei Ausführung dieser Arbeit meinen aufrichtigsten Dank zu sagen. Eine angenehme Pflicht ist es mir, Herrn Professor Dr. Stooß (Wien) für die liebenswürdigen Mitteilungen über die geschichtliche Entwicklung, Herrn Professor Dr. Gretener (Breslau) für die Aufschlüsse über Literatur der schweizerischen Einheitsstrafgesetzgebung verbindlichst zu danken. Auch Herrn Privatdozenten Dr. Hafter (Zürich) fühle ich mich durch die freundschaftliche Übermittlung von Materialien zu den verschiedenen Entwürfen aufrichtig verpflichtet.

Den beiden verehrten Freunden, welche die Widmung dieser Abhandlung in liebenswürdiger Weise angenommen haben möge sie eine Erinnerung sein an gemeinsame Arbeit, an die Grundlage und Entwicklungsbasis gegenseitiger Freundschaft.

Charlottenburg, Ende Dezember 1903.

E. Delaquis.

Digitized by Google

Einführende Bemerkungen.

I. Beinahe ein Jahrhundert ist seit dem Eintritt der Kontroverse über den untauglichen Versuch in die deutsche Literatur vergangen, unzählige Monographien sind mit Bezug auf diese Streitfrage geschrieben worden, die bedeutendsten Vertreter der Strafrechtswissenschaft haben deren Lösung versucht und trotzdem hat es den Anschein, als ob diejenigen Kriminalisten recht behalten sollten, welche die Hoffnung auf das Verschwinden der Frage aus dem jus controversum vor langer Zeit schon aufgegeben.[1])

Alles andere wäre daher verständlicher gewesen, als der erneuerte Versuch, eine Lösung herbeizuführen, welcher doch dem Vorwurf, mit untauglichen Mitteln vorgenommen zu sein, allzuleicht ausgesetzt ist und die kritischen, abweisenden Mienen meiner Leser, die mir mein geistig Auge vorspiegelt, legen es mir nahe, wenn auch nicht eine Verteidigung, so doch eine genaue **Darlegung der allgemeinen Gesichtspunkte** zu geben, unter denen meine Arbeit entstand und unter welchen ich sie betrachtet wissen möchte. —

„La science, en matière de droit, n'est pas l'art de construire des systèmes en abstraction; elle n'est que la mise au point des phénomènes juridiques que la pratique fait surgir.“[2])

In diesem einen Satze liegt eigentlich mein ganzes Credo enthalten. Meine Arbeit, die ursprünglich auf den schweize-

[1]) Vgl. darüber Rubo in G.S. Bd. 17 1865 S. 6; Hertz a. a. O. S. 4 Anm.; Mittermaier in G.S. 1859 S. 409 Anm. 17.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 46.

Digitized by Google

rischen Entwurf zu einem Strafgesetzbuch[1]) sich beschränken sollte, hat mich unwillkürlich tief in die umfangreiche Literatur eingeführt,[2]) ohne daß mir die Zeit gestattet hätte, die Werke auch nur in einigermaßen vollkommener Zahl zu berücksichtigen, mich jedoch zwingend, der hervorragendsten Theorien in einer kleinen Auswahl ausdrücklich Erwähnung zu tun. Mannigfach veränderte ich meinen Standpunkt vor der endgültigen Annahme des nunmehr Darzulegenden; ein Punkt aber war mir von vornherein unumstößlich klar: die absolute Notwendigkeit, in einem Gesetz gegenüber der Frage des untauglichen Versuchs Farbe zu bekennen.[3]) Ist dies aber möglich, kann die Kontroverse legislativ gelöst werden?

---

[1]) Über die verschiedenen Entwürfe zu einem schweiz. Str.G.B. vgl. das Folgende; auch das Literaturverzeichnis unter: Vorentwurf.

[2]) Über die Literatur vgl. u. a.: Alimena, Ricerche S. 541, 542 und Anm.; Gallet a. a. O. S. 240 Anm. 7, S. 240, 241 und Anmerkungen; Geib a. a. O. S. 306ff., speziell S. 308—310; Baumgarten a. a. O. S. 233ff., speziell S. 241 bis 244; Saleilles a. a. O. § 3 S. 12—19; Rubo in G.S. 1865 Bd. 17 S. 34ff.; Garçon a. a. O. S. 24 No. 110; Olshausen § 43 No. 19ff.; Benevolo a. a. O. S. 64ff. und 75ff.; die Lehrbücher des Strafrechts und oben unser Literaturverzeichnis. — Über die Praxis vgl. u. a.: für Deutschland: Haelschner, System Bd. 1 S. 198; Holtzendorff, Handbuch Bd. 2 S. 299; Olshausen, Kommentar § 43 No. 19—23 S. 154ff.; für Frankreich: fast alle im Literaturverzeichnis angeführten französischen Werke, darunter vornehmlich; Garçon a. a. O. S. 25ff.; Blanche a. a. O. S. 10fg.; für Rußland: Gretener, „Russ. Entwurf" S. 171ff.; für England: Kohler a. a. O. S. 41ff.; allgemein: Lammasch, „Moment obj. Gef.". S. 36ff. Ganz allgemein vgl. für die ältere Praxis, Gesetzgebung usw. den sehr interessanten Aufsatz von Mittermaier in G.S. 1859 S. 404ff.

[3]) Für Regelung der Frage im Gesetze sind: Thiry a. a. O. S. 308; v. Rohland a. a. O. S. 114; russ. Kommission für ein Str.G.B. vgl. Gretener, Russ. Entwurf S. 171; Meyer, Lehrbuch S. 211; Goldfeld a. a. O. S. 41; Gretener, Aarg. Entwurf S. 231; v. Liszt im Archiv S. 410; v. Liszt, Z. Bd. I 1881 S. 107; v. Liszt, Lehrbuch S. 191 Anm. 3; Hertz a.a.O. S. 3, 90; Garraud a. a. O. S. 402 a. E.; Mercier a. a. O. S 36, 72; Kahl, V.D.J.T. S. 221, 222; Köhler S. 51; v. Liszt M.J.K.V. X (1902) S. 498; Hagemann 221 (arg), 241; — Über die Gesetzgebungen, welche die Frage schon geregelt hatten, vgl. Holtzendorff, Handbuch Bd. 2 S. 299; Alimena, Ricerche S. 540ff.; Gallet a. a. O. S. 277ff. und S. 277 Anm. 30. — Über die Zustände in den Schweizerkantonen vgl. Stooß, Grundzüge S. 217ff.; Pfenninger a. a. O. S. 786ff.; Temme, a. a. O. S. 178; Stooß, Strafgesetzbücher S. 45ff. — Über die Ansichten der

Digitized by Google

Es ist eine bekannte Tatsache, daß, sei es von juristischer, sei es von Laienseite, Wissenschaft und Praxis oft als entgegengesetzte Pole dargestellt werden, die sich casu dato jedoch nicht dem physikalischen Gesetze gemäß anziehen, sondern vielmehr abstoßen; es wird scharf unterschieden zwischen einer wissenschaftlichen, d. h. in diesem Falle: rein logischen und einer für die Praxis bestimmten, d. h. nach Zwecken wertenden Methode. Natürlich kann aber bei einer Arbeit de lege ferenda nur die letztere Behandlungsweise Anwendung finden. Werturteile und Willensentscheidungen geben dabei den Ausschlag, deren ja auch die Betrachtung der lex lata nicht vollkommen entraten kann.[1])

Aus diesem Grunde ist es nötig, eine andere Methode einzuschlagen, als es bisher vielfach der Fall gewesen;[2]) nicht mehr im Begriff und seinen Konsequenzen den Abgott zu sehen, dem gefröhnt werden muß, sondern die zweckmäßige Ordnung der Lebensverhältnisse als höchste Aufgabe aufzufassen; nicht mehr das Leben in vorausbestimmte, fest umgrenzte Formen, deren Umfang durch ebengenannte Begriffe bezeichnet ist, zu gießen, sondern es als ein Gemälde zu betrachten, um welches den passenden Rahmen zu bauen, unsere Aufgabe sein soll.[3])

Strikte Konsequenz und logische Geschlossenheit werden

Expertenkommission in corpore und in ihren Mitgliedern vgl. Teil I unserer Arbeit in dem § 4 über untauglichen Versuch.

Gegen eine gesetzliche Regelung sind u. a.: Mittermaier in G.S. 1859 S. 439 a. E.; Picot a. a. O. S. 122; Saleilles a. a. O. S. 5, 73 aus speziell angeführten Gründen des französischen Rechts; Gallet a. a. O. S. 361, 362. — Gründe für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung geben u. a.: Gretener, Russ. Entwurf S. 171; v. Liszt im Archiv S. 410. Diese Gründe liegen wesentlich in der Ungleichmäßigkeit der Rechtsprechung, deshalb vgl. auch unsere Anm. 2 S. 2 bezüglich der Praxis.

[1]) Vgl. hierüber G. Rümelin, Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht (Rektoratsrede). Keinen Widerspruch hierzu enthält Liszts Ausspruch Z. XXI 1901 S. 140 „die Wissenschaft kennt keine Kompromisse . . .“

[2]) Vgl. darüber Baumgarten a. a. O. S. 229.

[3]) Daß es sich bei unserer Frage wesentlich um praktische Gesichtspunkte handelt, sagen auch Saleilles a. a. O. S. 29, Gallet a. a. O. S. 274. — Für Koordinierung von Wissenschaft und Praxis tritt Schneider a. a. O. S. 22 ein. Insofern vertritt er ähnliche Ansichten wie unsere obigen.

Digitized by Google

also nicht als Voraussetzungen unserer Arbeit zu betrachten sein, obschon diese Momente unbedingte Beachtung erheischen, soweit sie den Lebensverhältnissen keinen Zwang antun, denn nichts ist leichter zu „machen" als eine konsequente Theorie — man denke nur an eine absolut subjektive —, nichts heikler, als die Aufstellung eines praktisch brauchbaren Vorschlags.

Ob dafür der subjektive, der objektive oder ein gemischter Gesichtspunkt zu wählen ist, diese Frage soll im zweiten Teile nähere Erörterung finden; daß alle drei Meinungen in Literatur und Gesetzgebung bis heute ihre Vertreter gefunden, mag als Zeichen dafür hingenommen werden, wie weit wir noch von einer endgültigen Lösung der Kontroverse entfernt sind, obschon andererseits eine gewisse „Richtung" hauptsächlich in der neueren Literatur nicht zu verkennen ist.

II. Was **die einzelnen Teile** dieser Arbeit anbelangt, so mögen hier kurz noch einige **Direktiven und Erläuterungen** Platz finden.

Der erste Teil, welcher rein historisch, von jeder eigenen Kritik absehend, nur Tatsachen anführen will, beachtet im Gegensatz zu den meisten bisherigen Arbeiten über die Entwürfe zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nicht nur zwei oder drei, sondern fünf „Projekte",[1]) welche alle, als persönliche Arbeiten von Prof. Stooß zu betrachten, nach Vollendung der demselben aufgetragenen Vorarbeiten,[2]) in den Jahren 1893 bis 1896 entstanden sind. Die gewählte Zahl hängt damit zusammen, daß alle Texte berücksichtigt werden sollten, die zu Kritiken bisher Veranlassung gegeben hatten. Einige Details über die einzelnen „Entwürfe" seien noch beigefügt. — Der

---

[1]) Das sind: 1. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Juni 1893. Allgem. Teil; 2. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgem. Teil, 15. August 1893; 3. Vorentwurf mit Motiven, 1. August 1894; 4. Vorentwurf 1895, vgl. darüber Verhandlungen Bd. 2; 5. Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, März 1896. — Die nähere Bezeichnung dieser Entwürfe siehe im Literaturverzeichnis. — Neuerdings ist ein weiterer Vorentwurf erschienen (Juni 1903) über den näheres in Teil III (Anhang: § 3) enthalten ist.

[2]) Dazu sind zu zählen: Stooß, Strafgesetzbücher und Stooß, Grundzüge.

Digitized by Google

August-Entwurf des Jahres 1893 bildet die Grundlage der ersten Lesung des allgemeinen Teiles,[1]) auf dem Entwurf vom August 1894 ruht dessen zweite Lesung.[2]) Für manche Bestimmungen des Entwurfs 1894, so z. B. gerade für die uns interessierenden Versuchsbestimmungen sind jedoch diesen letzteren Verhandlungen abgeänderte Fassungen zugrunde gelegt worden.[3]) Diese Neufassung bezeichnen wir in unserer Arbeit mit Beschränkung auf die für die Versuchsfrage in Betracht kommenden Artikel zur schärferen Betonung der einzelnen Phasen der geschichtlichen Entwicklung als „Entwurf 1895". Es wird nicht übersehen werden, daß damit nicht von einer neuen „abschließenden" Gesetzesarbeit die Rede ist, wie solche von einem „Entwurf" im technischen Sinne verlangt wird. Das Juniprojekt von 1893 lag der Expertenkommission zur Begutachtung nicht vor. Auch dieses darf nicht als eigentlicher „Entwurf" aufgefaßt werden. Es war lediglich eine Vorredaktion, eine Hilfsarbeit vor Herstellung des Augustentwurfs des gleichen Jahres. Merkels Randbemerkungen und der durch diese auf den ersten amtlichen Teilentwurf ausgeübte Einfluß veranlaßten die Beachtung des Projektes. Der Entwurf 1896 endlich bezeichnete bis vor kurzem den Abschluß der gesetzgeberischen Arbeiten. So lagen die Verhältnisse bei Ausarbeitung vorliegender Abhandlung.[4])

Nicht möglich war es, sich bei der Frage über den untauglichen Versuch rein auf diese Materie zu beschränken, umsomehr als ursprünglich die Irrtumsbestimmung deren Regelung übernommen hatte. Es mußte daher auf diese letztere, neben dieser aber auch noch kurz auf das verwandte Gebiet des fehlgeschlagenen Verbrechens, des Rücktritts usw. eingegangen werden, sich auf das Notwendige beschränkend und hauptsäch-

---

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 1—309.

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 351 ff.

[3]) Vgl. die Fassung der einschlägigen Bestimmungen in Verhandlungen Bd. 2 S. 382 und S. 394 mit den entsprechenden Artikeln 12 und 14 des Entwurfs 1894.

[4]) Vgl. Anm. 1 S. 4 a. E. Eingehender beschäftigt sich mit der äußeren Geschichte und dem Verhältnis der verschiedenen Entwürfe zueinander: das Vorwort dieser Arbeit.

Digitized by Google

lich die Irrtumsregelung dort in den Hintergrund stellend, wo sie nicht mehr die Bedeutung besaß, wie im Entwurf 1893. Die Bestimmung über die Vorbereitungshandlungen ist zweckdienlich mit der Besprechung der Frage einer Versuchsdefinition verbunden worden; rein Geschichtliches über die Entwicklung des Versuchsbegriffes im allgemeinen konnte nicht gebracht werden; auch bestehen darüber mehrere hervorragende Werke.[1])

Mein Prinzip war, soviel als möglich die Mitglieder der Expertenkommission und die Kritiker selbst sprechen zu lassen und nur das verbindende Glied zwischen beiden darzustellen, ohne irgendwie persönliche Ansichten einzumengen; die Disposition hat, die Materien einheitlich behandelnd, die Einheit der Entwürfe auseinandergerissen, ein Weg, den ich dem entgegengesetzten, durch einheitliche Darstellung der Entwürfe die Materien in verschiedene Teile zu zerlegen, vorgezogen habe.

Im **zweiten Teil** ist die Betrachtung der hervorragendsten Theorien nicht dazu angestellt worden, um jene zu widerlegen oder eine neue Ansicht aufzustellen,[2]) sondern lediglich um de lege ferenda die einzelnen Punkte zu prüfen und so womöglich eine Vermittlung zwischen den widerstreitenden Standpunkten zu finden, wobei streng darauf gehalten wurde, die verschiedenen Theorien unter dem Gesichtswinkel ihres Verfassers zu betrachten und auch deren Benennung insofern nicht außer Acht zu lassen als z. B. eine Theorie, die sich subjektiv nennt,

---

[1]) Über die Geschichte des Versuchsbegriffes im allgemeinen und die geschichtliche Entwicklung des untauglichen Versuchs vgl. Zachariä a. a. O.; Cropp, „commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi", Heidelbergae 1813; Baumgarten a. a. O.; Saleilles a. a. O.; Rubo in G.S. 1865 S. 1ff.; Gallet a. a. O. § 3 S. 231ff.; Mercier a. a. O.; die meisten Lehrbücher des Strafrechts, so z. B. v. Liszt S. 182; Meyer. Lehrbuch S. 198ff. — Für die Geschichte des beendigten Versuchs und des délit manqué verweise ich speziell auf Goldschmidts zitierte Schrift und auf Mercier. — Die geschichtliche Entwicklung des Rücktritts und der tätigen Reue geben Herzog und Hatzig.

[2]) Wir fallen also nicht unter Geyers berechtigten Vorwurf: „Oggi appena v'à criminalista, il quale non si venga foggiando una teorica tutta sua". Vgl. Geyer „Del tentativo" a. a. O. S. 1.

Digitized by Google

de facto aber subjektiv-objektiv vorgeht, unseres Erachtens einer Inkonsequenz sich schuldig macht; nicht aber sollte von hoher Warte aus, von einem von vornherein angenommenen, vielleicht logisch richtigeren Gesichtspunkt den anderen zu Leibe gegangen werden.[1])

So ist es zu erklären, daß wir bei mancher Theorie die einzelnen Postulate jener verteidigend, dennoch die Lehre im ganzen verwerfen, um zu guter Letzt zu einer subjektiv-objektiven Ansicht uns zu bekennen,[2]) welche Richtung einzig imstande ist, eine Lösung zu ermöglichen, mag sie nun als eklektisch angesehen werden oder nicht.[3])

Die Entscheidung der Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs hängt allerdings unmittelbar zusammen mit dem Prinzip, welches man in der Begründung der Strafbarkeit überhaupt aufstellt. Doch konnte hier von einer eingehenden Erörterung dieser Grundlagen der berücksichtigten Theorien umsomehr abgesehen werden, als uns Saleilles in seinem zitierten Werke eine speziell in dieser Hinsicht meisterhafte Darstellung gibt. Andererseits zieht sich durch die Arbeit Merciers die Betrachtung der Stellung des délit manqué zum untauglichen Versuch wie ein roter Faden hin, und diese beiden Werke geben uns daher noch größere Berechtigung, an unserem Grundsatze festzuhalten, rein nach praktischen Gesichtspunkten vorzugehen und einesteils die einzelnen Punkte zusammenhanglos aus den verschiedenen Theorien herauszugreifen, anderenteils das délit manqué nur soweit zu berücksichtigen, als es unumgänglich notwendig ist.

Beim **dritten Teil** schmerzte es mich hauptsächlich, nicht

---

[1]) Daß dies falsch gewesen wäre, sagt uns z. B. Hertz a. a. O. S. 4 a. E.: „ . . . . wer in der Auffindung eines unanfechtbaren obersten rechtsphilosophischen Satzes die unerläßliche Voraussetzung für eine Einigung erblickt, verzichtet streng genommen von vornherein darauf, an der Beilegung des Streites mitzuarbeiten". — Ähnlich Saleilles in der schon oben zitierten Stelle a. a. O. S. 46; Schneider a. a. O. S. 121.

[2]) Gegen einen solchen Standpunkt vgl. v. Buri G.S. 1867 Bd. 19 S. 77; derselbe G.S. 1880 Bd. 32 S. 324, 325.

[3]) Kohler scheint eine solche eklektische Theorie als minderwertig zu betrachten. Das wäre aus seinem Ausspruch a. a. O. S. 27 zu schließen.

Digitized by Google

in der Lage zu sein, die Rechtsvergleichung so hinzuzuziehen, wie es mir lieb gewesen wäre. Der Rahmen dieser Arbeit setzte mir jedoch auch hierin eine Grenze.[1]) Die Aufgabe dieses Teiles war, meine persönliche Ansicht über die Bestimmungen des schweizerischen Entwurfs von 1896 niederzulegen, wobei die vorhergehenden Entwürfe nur soweit berücksichtigt werden sollten, als es zur Erklärung des ersteren nötig war.[2]) Aber auch hier durfte nicht die von mir vertretene Theorie, sondern lediglich die praktische Brauchbarkeit den Ausschlag geben.

Die Reihenfolge der behandelten Materien ist die gleiche wie beim ersten Teile, viele Bemerkungen decken sich mit schon von anderer Seite geäußerten; die weitgehende Beachtung, welche die Entwürfe gefunden, läßt wenig Raum für eigentlich persönliche Kritik frei.[3])

Daß ich in der ganzen Arbeit nicht neue Bahnen gewandelt, wird derselben hoffentlich nicht zum Vorwurf gereichen. Es war mir eine besondere Freude, das Gute im schon Gegebenen immer deutlicher hervortreten zu sehen und, anfangs gegen alles skeptisch, zum Schlusse doch zufrieden Vorhandenes akzeptieren zu können. So möchte ich denn schon hier aussprechen, daß man sich mit der Regelung des Versuchs im schweizerischen Entwurfe (1896) im allgemeinen einverstanden erklären kann und daß man diese Überzeugung desto klarer gewinnt, je mehr man sich mit jener Frage beschäftigt hat und je deutlicher es infolgedessen geworden, daß der Entwurf unter den vielen möglichen Wegen einen von denjenigen einschlägt, die wir — einige Abänderungen sind allerdings nötig — als „zweckmäßig" bezeichnen können.[4])

[1]) Über die Rechtsvergleichung, insofern sie hier in Betracht käme, d. h. bezüglich der Rechte der verschiedenen Kantone vgl. Stooß, Grundzüge; Stooß, Strafgesetzbücher; Pfenninger, Das Strafrecht der Schweiz; Temme, Lehrbuch des schweiz. Strafrechts; Picot, „La tentative dans les codes pénaux suisses".

[2]) Inzwischen ist ein neuer Vorentwurf 1903 ausgegeben worden. Näheres über diesen bringt § 3 (Anhang) des III. Teiles.

[3]) Über den neuen Entwurf 1903 ist uns dagegen noch keine kritische Äußerung bekannt geworden.

[4]) A. A. Mercier a. a. O. speziell S. 55 ff, vgl. unseren Teil III. — Unser Urteil über den neuen Entwurf 1903 ist im III. Teil § 3 (Anhang) niedergelegt.

Digitized by Google

Erster Teil.

Regelung der einschlägigen Materien in den verschiedenen Entwürfen zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. (Historischer Teil.)

§ 1. Definition des Versuchs. Bestimmung über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen.

a) Entwürfe vom Juni und August 1893.

Adolf Merkels Randbemerkungen,[1]) die einzige **Kritik** zum **Juni-Entwurf von 1893,** waren die alleinige Veranlassung,[2]) einerseits jenen Entwurf an und für sich, andererseits den Artikel 16, S. 1:

„Wer ein Verbrechen nur teilweise ausführt, ist wegen Versuchs milder zu bestrafen; . . . .“

einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

Seine Einwendungen[3]) gegen die obige Bestimmung, welche dahin gingen, daß die Bezeichnung des Konats als „teilweise Ausführung“ nicht zweckmäßig sei, daß außerdem aber, „trotz aller doktrinären Einwendungen, welche dagegen erhoben worden sind“, an dem „Beginn der Ausführung“ als maßgebenden Kriteriums festgehalten werden möchte, sind insofern von Wichtigkeit, als ihnen die im **August-Entwurf** des gleichen Jahres vorgenommene Änderung zuzuschreiben ist, durch welche kurzweg jegliche Definition des Versuchs ausgemerzt worden ist.

[1]) Vgl. Merkel, Randbemerkungen S. 240—251.

[2]) Vgl. unsere „Einführenden Bemerkungen“ S. 5.

[3]) Vgl. Merkel, Randbemerkungen S. 245.

Digitized by Google

Aber trotz Stooß' in den **Motiven** niedergelegten Begründung der nunmehrigen Normierung:

„Der Versuch wird milder bestraft“ (Art. 15, Abs. 1),
„Vorbereitungshandlungen bleiben straflos“ (Art. 15, Abs. 3),

welche darin gipfelt, daß durch eine Definition „für den ungelehrten Richter wenig gewonnen“ sei, der rechtsgelehrte Richter aber nicht mehr erfahre, als er schon wisse,[1]) hat die Nichtaufstellung einer solchen Umschreibung unter den **Kritikern** neben manchen Zufriedenen auch mehrere Gegner gefunden.

Die Freude Wachs darüber, daß der Entwurf sich freihalte „von Doktrinarismus, insbesondere von dem Streben zu definieren, wo die Begriffsbestimmung doch nur eine lehrhafte Abstraktion sein könnte, wie z. B. beim Versuch“[2]) wird geteilt von v. Lilienthal,[3]) Zürcher[4]) und Gautier,[5]) welcher die Fassung „excellente“ findet und speziell auch die Bestimmung über die Vorbereitungshandlungen approbiert.

Die den Anhängern der Entwurfsfassung ebenbürtigen Gegner erkennen wir in der Person v. Liszts und Ferris, von welchen der erstere, auf die Kritik der Weglassung einer Definition sich beschränkend, es „auffallend“ findet, daß Stooß den Versuchsbegriff nicht umschrieben habe, um so mehr als zu bestreiten sei, „daß der Ausdruck ‚Versuch‘ auch das fehlgeschlagene Verbrechen umfasse“,[6]) während der letztere sich gegen die allgemeine und obligatorische Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen erklärt[7]) und damit jenen Standpunkt vertritt, welchen die italienische positive Schule, von der temibilità del delinquente als Strafbarkeitskriterium ausgehend, als den ihrigen anerkennt.

---

[1]) Vgl. Motive, September 1893 S. 29.
[2]) Vgl. Wach a. a. O. S. 5.
[3]) v. Lilienthal a. a. O. S. 290.
[4]) Zürcher in „Der Bund“ 1893 No. 256 2. Blatt.
[5]) Gautier a. a. O. S. 111.
[6]) Vgl. v. Liszt im Archiv S. 410. — Näheres über das délit manqué vgl. I. Teil § 2a S. 18.
[7]) Vgl. Ferri, Il progetto S. 706.

Digitized by Google

Zeigten sich bei Betrachtung der Kritiken schon mannigfache Meinungsverschiedenheiten, so geben uns die **Verhandlungen,**[1]) im Verlaufe derer sich Bärlocher, Gautier, Cornaz und Gabuzzi, wenn auch aus sehr verschiedenen Gründen und Gesichtspunkten, für,[2]) Gretener[3]) gegen die Nichtdefinierung des Versuchs aussprechen, ungefähr das gleiche Bild; um so mehr, als naturgemäß auch hier Stooß seine Maßnahmen mit dem Hinweis darauf verteidigte, daß eine Definition im Hinblick auf die Möglichkeit der Anwendung des gewöhnlichen Sprachgebrauchs erübrigt werden könne.[4])

Daß sich die Kommission in der Abstimmung mit Mehrheit für Nichtaufnahme einer Definition entschied, entspricht nach dem Angeführten den gehegten Erwartungen.

Die normierte Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen[5]) wiederum findet die unbeschränkte Zustimmung Bärlochers, während Gretener und Gabuzzi, um unmißverständlich auszudrücken, daß die Straflosigkeit in jenen Fällen zessiere, wo die Vorbereitungshandlung an sich schon ein Delikt darstellt, einen Zusatz beantragen, den der erstere in die Worte: „mit Ausnahme der im speziellen Teil genannten Fälle“[6]) zusammenfaßt. Stooß spricht sich nun sowohl gegen diese Erläuterung, die er selbstverständlich findet, als auch gegen

---

[1]) Das Nähere vgl. Verhandlungen Bd. I S. 89—93 und unsere Anm. 2, 3 S. 11.

[2]) Bärlocher läßt seinen in der Sitzung vom 21. September 1893 geäußerten Widerspruch (Verhandlungen Bd. I S. 63) fallen wegen der großen Schwierigkeit, „eine für alle Fälle zutreffende Definition des Versuchs in das Gesetz aufzunehmen“; — Gautier stimmt vom Standpunkt der Praxis aus zu: „Une définition ne résoudra pas la difficulté et n'assurera pas la fixité de la jurisprudence“. Cornaz bindet an seine Zustimmung die Bedingung, daß das fehlgeschlagene Verbrechen geregelt werde, vgl. I. Teil § 2a S. 17ff. Gabuzzi ist überzeugt worden, „qu'une définition de la tentative n'est pas nécessaire“.

[3]) Gretener hält eine Definition für wünschbar, will aber keinen positiven Vorschlag machen.

[4]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 90.

[5]) Vgl. über das Folgende Verhandlungen Bd. I S. 89—97.

[6]) Die Fassung Gabuzzis lautet: „Les actes préparatoires et, en cas de désistement volontaire, les actes d'exécution, ne sont punissables que s'ils constituent par eux-mêmes un délit (vgl. Verhandlungen Bd. I S. 93).

Digitized by Google

einen Streichungsantrag Zürchers und einen neuerdings von Cornaz gestellten Zusatzantrag[1]) im Sinne Gretener-Gabuzzi aus, obschon er der Ansicht Cornaz' im Prinzip beistimmt. Die Bitte um Beibehaltung des Absatzes findet denn auch insofern Gehör, als nach Zürchers Einigung mit dem Redactor Cornaz und Gabuzzi ihre Vorschläge zurückziehen und ein neuer Streichungsantrag Scherbs sofortige Zurückweisung von seiten Stooß' und Davids findet. Der einzige übrig bleibende Gretenersche Vorschlag wird daraufhin von der die Beibehaltung der Bestimmung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen votierenden Kommissionsmehrheit zurückgewiesen.

b) Entwürfe vom August 1894 und vom August 1895.

Der **Entwurf 1894** bringt uns eine, auf der persönlichen Initiative des Redaktors beruhende, nach seiner Haltung in den Verhandlungen 1893 und nach der dort gegebenen Zustimmung der Expertenkommission zu der Regelung des Art. 15 allerdings unbegreifliche Änderung, deren Begründung auch die **Motive** vermissen lassen.[2]) Besagter Entwurf, welcher über den Konat nur die kurze Bestimmung enthält:

„Der Versuch eines Verbrechens wird milder bestraft" (Art. 14, Abs. 1),

berührt mit keinem Worte mehr die Stellung der Vorbereitungshandlungen.

Allerdings hat sich ein **Kritiker,** v. Lilienthal, ausdrücklich damit einverstanden erklärt;[3]) den Wegfall einer besonderen Bestimmung über Vorbereitungshandlungen hält er im Grunde für „eine notwendige Folge des Nichtaufstellens einer Definition", die Maßnahme, keine Begriffsbestimmung des Versuchs zu geben, bezeichnet er wiederum als „sehr glücklich". Einzig die Ausdehnung der Strafbarkeit des Versuchs auf alle Delikte scheint

[1]) Cornaz' vorgeschlagene Fassung lautet: „Les actes préparatoires ne sont pas punissables, à moins qu'ils ne constituent par eux-mêmes un fait réprimé par la loi (vgl. Verhandlungen Bd. I S. 94).

[2]) Vgl. Motive, August 1894 zu Art. 14 S. 131.

[3]) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 290.

Digitized by Google

ihm „bedenklicher“, wenn auch wieder „wissenschaftlich und praktisch wertvoll“.

Diese Ansicht teilt denn auch, soweit sich dieselbe auf das Fehlen einer Definition bezieht, der Österreicher Groß,[1]) welcher sich mit der Bemerkung, daß eine Begriffsbestimmung des Versuchs „nicht nur überflüssig, sondern auch gefährlich“ sei und „die Schwierigkeiten nur vermehre“, zu den Verteidigern der Nichtdefinierung stellt.

Andererseits ist aber Gretener[2]) der Ansicht, daß die Nichtdefinition des Versuchs in Verbindung mit der nunmehrigen Streichung des Abs. 3 des früheren Artikels 15: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos“ die notwendige Folge haben werde, „daß die Praxis die Grenzen des Versuchs in willkürlichster Weise ausdehnen darf“. Er hält demgemäß eine Definition für „nicht überflüssig“, andernfalls aber eine Äußerung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen für notwendig; während Zucker,[3]) ohne positive Vorschläge zu machen, die Resultate dieser Methode „nicht allzu verheißungsvolle“ nennt.

Auf die weitere Entwicklung dieser Bestimmungen scheinen die gegnerischen Äußerungen insofern Einfluß gehabt zu haben, als der **Entwurf 1895** seine Fassung:

„Der Versuch eines Verbrechens wird milder bestraft“ (Art. 14, § 1, Abs. 1),

„Vorbereitungshandlungen bleiben straflos“ (Art. 14, § 1, Abs. 3)

im wesentlichen an die von 1893 (August) anlehnt.

Ohne auf die Regelung dieses Entwurfes im Gegensatz zu früheren einzugehen, aber immerhin in einer **Kritik** des Projektes 1895, sieht Lammasch[4]) das Streben, ein Gesetz herzustellen, welches den Bedürfnissen der Praxis entspricht, als den Grund an, warum manche Begriffe, „wie jener des Ver-

---

[1]) Vgl. Groß a. a. O. S. 326.

[2]) Vgl. Gretener in G.S. 1895 Bd. 51 S. 459; Bemerkungen und Anträge S. 774.

[3]) Vgl. Zucker G.S. 1895 Bd. 51 S. 424.

[4]) Vgl. Lammasch, Entwurf S. 129.

Digitized by Google

suchs, an welchem sich ganze Generationen von Juristen stumpf gedacht haben, mit Recht undefiniert geblieben" sind.

Diese Übereinstimmung zwischen Kritiker und „Gesetzesarbeiter"[1] wiederzuspiegeln, sind die **Verhandlungen** zweiter Lesung,[2] bei deren Beginn Stooß eine neue Abänderung der zur Beschlußfassung vorliegenden Normierung vorschlägt, offenbar in der Absicht, den Einwänden der Westschweizer mit Bezug auf das délit manqué zuvorzukommen,[3] nicht in der Lage. Der die Zustimmung Gautiers findende Artikel 14, § 1, Abs. 1, Satz 1:

„Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft, wenn er den Versuch nicht zu Ende führt; er kann . . . usf."

weckt immer noch wegen des Fehlens einer Definition den Widerspruch Greteners, der allerdings in der Wiederaufnahme der Bestimmung über Vorbereitungshandlungen — diese ist seit der Fassung 1895 gleich geblieben — einen Fortschritt erblickt.

Im Gegensatz zu Gretener geben Cornaz und Zürcher nach einem wiederholten Hinweise des Redaktors auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch, auf die Unmöglichkeit, „den Versuch in befriedigender Weise zu definieren" und auf die Tatsache, daß doch in der neuesten Regelung eine genügende Erläuterung, wenn auch nicht eine Definition gegeben sei, der vorgeschlagenen Fassung ihre Zustimmung. Dieser Ansicht beitretend, nimmt denn auch die Kommission den Artikel 14, § 1 des Entwurfs in seinem Abs. 1, Satz 1 mit Mehrheit an.

Die hierauf folgende Besprechung des Alinea 3 leitet Perrier mit dem Antrag auf Streichung des Absatzes ein, welchen Vorschlag er damit motiviert, daß die Regelung sonst „als eine

---

[1]) Stooßscher Ausdruck in „Der Geist der modernen Strafgesetzgebung". Vgl. S.Z.S.R. Bd. IX S. 270.

[2]) Mit Bezug auf das Folgende vgl. Verhandlungen Bd. II S. 394—397 und 400—401.

[3]) Näheres über das délit manqué siehe im § 2b S. 22 a. E., 23. Hier können wir auf dieses noch nicht eingehen.

Digitized by Google

Einladung aufgefaßt werden könnte, solche Handlungen zu begehen!“ [1]) (sic.). Im Widerspruch hierzu empfehlen jedoch Gretener und Gautier die Beibehaltung der Bestimmung und werden in ihrer Ansicht von Cornaz unterstützt, der, insoweit er von den obigen in dem Verlangen nach einem, von ihm schon in der ersten Lesung postulierten Spezialzusatz [2]) abweicht, die Gegnerschaft Stooß' sich zuzieht, welcher im Hinblick auf die neue Versuchsfassung:

„Wer ein Verbrechen **auszuführen** versucht . . . .“

den ganzen Absatz 3 als entbehrlich ansieht.

Nach Abweisung der gestellten Anträge Perrier und Cornaz spricht sich denn auch die Kommissionsmehrheit im Sinne Gretener-Gautier für Beibehaltung des Absatz 3 in der vorgeschlagenen Form aus.

c) Entwurf vom März 1896.

Daß der **„Kommissionalentwurf“** keine weitere Änderung gegenüber dem eben besprochenen Projekt zweiter Lesung aufweist, kann nach dem oben Gesagten nur selbstverständlich erscheinen. Immerhin weichen aber die **Kritiker** in der Beurteilung des jetzigen Artikel 17,

§ 1, Abs. 1, Satz 1: „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft“, [3])

§ 1, Abs. 3: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos“,

immer noch voneinander ab.

---

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 400.

[2]) Dieser Zusatz lautet: „Les actes simplement préparatoires d'un délit projeté ne sont punissables qu'autant qu'ils constituent par eux-mêmes un fait réprimé par une disposition spéciale de la loi“ (Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 401).

[3]) Daß hier die im Vorschlag der zweiten Lesung noch vorhandenen Worte „wenn er den Versuch nicht zu Ende führt“ weggefallen sind, ist ganz richtig, da dies ohne Schwierigkeit als argumentum a contrario aus der folgenden Bestimmung des beendigten Versuchs folgt. Die jetzige Fassung bedeutet also keinerlei sachliche Änderung.

Digitized by Google

Der Ansicht Lucchinis[1]) über die Versuchsbestimmung im allgemeinen: „Non posso che approvare incondizionatamente la concettosità esauriente delle giuste disposizioni sul conato“ stehen die des Österreichers Hoegel,[2]) der sich mit seiner Verweisung sowohl auf den sprachlichen Doppelsinn als auch auf die Unsicherheit des Begriffs Versuch bezüglich Beginn und Mittel speziell gegen Stooß' Hinweis auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch wendet, und jene des Franzosen Rolin,[3]) welcher unter Ausdrücken des Bedauerns über das Fehlen einer Definition auf die Fassung des Zürcher Str.G.B.s[4]) verweist, entgegen. Endlich empfiehlt noch der ausführlichste Kritiker des Versuchs in den schweizerischen Entwürfen, Oetker,[5]) die Bestimmung über die Vorbereitungshandlungen billigend, die Aufnahme des „Anfang der Ausführung“, wie denn allerneuestens auch noch Mercier, auf den Widerspruch hinweisend, der in der Verwerfung des früheren Kriteriums des Anfanges der Ausführung unter gleichzeitiger ausdrücklicher Normierung der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen gegeben ist, eine nähere Bestimmung des Versuchs empfehlen zu wollen scheint, ohne allerdings eine solche weiter zu nennen. Außerdem spricht er sich aber auch noch ganz kurz dahin aus, daß ihm die Zweckmäßigkeit einer und nur einer einzigen Bestimmung für den Versuch aller Verbrechen und der allgemein durchgeführten Scheidung in Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen, die überdies noch bei allen Delikten anwendbar sein soll, zweifelhaft erscheine.[6])

---

[1]) Vgl. Lucchini a. a. O. S. 10.

[2]) Vgl. Hoegel, Die Strafrechtsreform, a. a. O. S. 614.

[3]) Vgl. Rolin a. a. O. S. 44, 45.

[4]) Jene Fassung lautet: „Handlungen, durch welche die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens angefangen, aber nicht vollendet worden ist, sind als Versuch desselben zu bestrafen“ (Art. 34).

[5]) Vgl. Oetker, Der Versuch S. 66, 67.

[6]) Vgl. Mercier a. a. O. S. 58 und S. 60 Anm. 1.

Digitized by Google

§ 2. Das fehlgeschlagene Verbrechen.

a) Entwurf vom August 1893.

Die nahe Verwandtschaft, welche das fehlgeschlagene Verbrechen[1]) mit dem Versuch im allgemeinen, mit der Versuchsdefinition im speziellen verbindet, gibt uns nicht nur das Recht, sondern legt uns vielmehr auch die Pflicht auf, die Regelung dieses Stadiums der verbrecherischen Handlung einer etwas eingehenderen Betrachtung zu unterziehen. Da aber die beiden **Entwürfe von 1893** sowie die **Motive** zum August-Entwurf gleichen Jahres[2]) diese Frage mit Stillschweigen übergehen, bleibt uns nur noch die Möglichkeit, einen Blick auf die **kritischen Stimmen** zu werfen, und da diese wiederum sich nur auf das August-Projekt beziehen, so wird auch dieses allein unserer Erörterung unterliegen.

Den weiteren Ausführungen etwas vorauseilend, möchte ich aber schon hier darauf aufmerksam machen, daß ausnahmsweise in unserem Falle eine einheitliche Stellungnahme gegen den Entwurf festgestellt werden kann, welche in den zwei, von fast allen Kritikern geäußerten Forderungen, einmal nach einer besonderen Regelung des fehlgeschlagenen Verbrechens, dann nach einer nur fakultativen Strafmilderung für dieses Handlungsstadium begründet ist.

Absehend von einer näheren Ausführung des zweiten Momentes im Text und diese letztere der beiden Forderungen vorausnehmend, sei hervorgehoben, daß die fakultative Milderung

---

[1]) Ebensogut könnte hier von „beendigtem Versuch" gesprochen werden, wenn man sich lediglich auf die deutsche Doktrin und auch auf die deutsche Fassung der späteren Entwürfe stützen wollte. Da aber die französischen und italienischen Kritiker von délit manqué resp. reato mancato sprechen, auch der später im III. Teil kritisch zu betrachtende französische Text der französischen Scheidung Vorschub leistet, habe ich der Einheitlichkeit wegen auch für unsere Erörterungen den Ausdruck **„fehlgeschlagenes Verbrechen"** gewählt.

[2]) Vgl. Motive, September 1893.

Digitized by Google

außer von von Liszt[1]) und Zürcher[2]) auch von Gautier,[3]) Ferri[4]) und Alimena[5]) verlangt wird. —

Die strenge Scheidung, welche von Liszt zwischen gewöhnlichem Versuch und fehlgeschlagenem Verbrechen stets zu machen gewillt ist, welche er aber — wie noch weiter unten hervorgehoben werden soll — irrtümlicherweise der Unterscheidung der französischen Doktrin in délit tenté und délit manqué gleichstellt, während er doch mit den deutschen Schriftstellern übereinstimmt,[6]) führt ihn zu der allerdings von beiden Standpunkten aus richtigen Ansicht: „Délit tenté und délit manqué sind verschiedene Begriffe und bedürfen verschiedener gesetzlicher Behandlung;“[7]) für diese Behandlung aber lautet der Vorschlag von Liszts, der mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der doktrinellen Auffassung in Deutschland und Frankreich auch von Gautier empfohlen wird: „Das versuchte Verbrechen wird milder gestraft; das fehlgeschlagene kann milder gestraft werden.“[8])

In der Äußerung Ferris, der die Nichtunterscheidung zwischen reato tentato und reato mancato „una prova eloquente del dottrinarismo della scuola classica“ nennt,[9]) zeigt sich, wie auch im Urteil seines Landsmannes Alimena: „la teorica del

---

[1]) Vgl. v. Liszt im Archiv S. 410: „Die bindend vorgeschriebene Strafmilderung ist in zahlreichen Fällen des fehlgeschlagenen Verbrechens ungerechtfertigt“.

[2]) Vgl. Zürcher in „Der Bund“ 1893 No. 256 2. Blatt: „Wir möchten befürworten, daß wenigstens für den vollendeten Versuch . . . . nicht von vornherein die Strenge des Gesetzes ausgeschlossen werde“.

[3]) Vgl. Gautier a. a. O. S. 111: „Forcer le juge à mitiger la peine de celui qui a fait tout son possible pour consommer l'infraction, c'est pousser la mansuétude bien loin“.

[4]) Vgl. Ferri, Il progetto S. 705, 706.

[5]) Vgl. Alimena, Il progetto S. 23.

[6]) Daß in v. Liszts Auffassung ein Irrtum enthalten ist, soll im zweiten Teil § 6 III nachgewiesen werden.

[7]) Auf diese Stellung v. Liszts wurde schon oben § 1a S. 10 aufmerksam gemacht.

[8]) Vgl. v. Liszt im Archiv S. 410 und Gautier a. a. O. S. 111.

[9]) Vgl. Ferri, Il progetto S. 705, 706.

Digitized by Google

tentativo è trattata assai male,“[1]) unter anderem der eben bei von Liszt hervorgehobene Wunsch nach einer Spezialbestimmung für das délit manqué. Damit wären aber auch die Vertreter jener ersten, von uns oben hervorgehobenen Forderung, soweit sie jene ausdrücklich äußerten, berücksichtigt.[2])

Schon ganz im Anfang der **Verhandlungen** vom 23. September 1893[3]) verlangte Cornaz aus Gründen der richtigen Strafzumessung und im Hinblick auf die schon mehrfach berührte verschiedene Stellung der französischen und der deutschen Theorie zum délit manqué eine besondere Regelung dieser Materie, und dieses Verlange nwurde, nach Bestätigung des besagten doktrinellen Unterschiedes durch Gautier und Stooß, wobei dieser, zur Abhilfe bereit, die Beifügung des Ausdruckes „délit manqué“ beim französischen Text vorschlug, von Gabuzzi[4]) und Zürcher, welcher allerdings von einem ganz verschiedenen Gesichtspunkte als seine Vormänner ausging, wiederholt. Als konsequentem Subjektivisten hätte nämlich Zürcher die Fassung „der Versuch **kann** milder bestraft werden als das vollendete Verbrechen“ genügt,[5]) da damit die Möglichkeit, das fehlgeschlagene Verbrechen casu dato mit der Vollendungsstrafe zu belegen, gegeben sei. „Fürchtet man aber richterliche Willkür, so sollte der Begriff des délit manqué bestimmt und dasselbe in bezug auf die Strafbarkeit dem vollendeten Verbrechen gleichgestellt werden.“ Diesen Ausführungen stimmte Stooß prinzipiell bei.

Cornaz beantragte nun eine Fassung, welche wesentlich nur ein Eingehen auf Stooß oben hervorgehobenen Vorschlag bedeutet hätte: „la peine est adoucie en cas de tentative **ou**

---

[1]) Vgl. Alimena, Il progetto S. 23.

[2]) Jene Forderung ist angeführt oben S. 17.

[3]) Über das Folgende vgl. Verhandlungen Bd. I S. 90—97.

[4]) Gabuzzi in Verhandlungen Bd. I S. 93: „l'art. 15 doit prévoir le délit manqué, notion très distincte de la tentative et qu'on ne retrouve pas dans le texte français du projet“.

[5]) Wir betrachten hier diese Stelle lediglich mit Rücksicht auf das délit manqué, nicht in Beziehung auf die relative Strafbarkeit des Versuchs überhaupt; so fassen wir auch die folgenden Ausführungen bezüglich Zürchers Vorschlag auf.

Digitized by Google

délit manqué", und deshalb ist auch die durch die Bemerkung „ich halte aber die Aufnahme dieser Bestimmungen für überflüssig" eingeschränkte Zustimmung des Redaktors doppelt unverständlich, wenn sich diese nicht etwa nur auf die von Cornaz noch nebenbei gemachten Vorschläge beziehen sollte.[1])

Die Verhandlungen beschränkten sich im folgenden, nachdem Cornaz seinen Antrag zurückgezogen hatte,. wesentlich auf Äußerungen der Zustimmung oder der Gegnerschaft gegenüber Zürchers Vorschlag. Gretener, Gabuzzi und Bezzola, aus Angst, daß „zuviel ins Ermessen des Richters" gestellt werde[2]) resp. „vom Gesichtspunkte der Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung aus",[3]) traten dem Antrage, welcher von Scherb und Gautier[4]) unterstützt wurde, entgegen, wobei Gretener anheimgab, „eine Scheidung vorzunehmen und den vollendeten Versuch, das délit manqué, wie das vollendete Verbrechen zu bestrafen."

Einzig Correvon — und vielleicht dürfte man dies nach der oben vorgeschlagenen Fassung auch von Cornaz aussagen — verlangt selbst beim délit manqué, sich ausdrücklich auf die Regelung im französischen „projet de code pénal" berufend, eine obligatorische Strafmilderung.

Die Mitglieder der Expertenkommission zerfallen demnach, soweit aus den Äußerungen der Redner darauf zu schließen erlaubt ist, in drei Gruppen mit folgenden prinzipiellen Postulaten:

1. obligatorische Strafmilderung auch beim délit manqué (französischer St.G.-Entwurf): Cornaz, Correvon;

2. fakultative Strafmilderung beim fehlgeschlagenen Verbrechen: Zürcher, Stooß (sehr schwankend)[5]), Gretener, Gautier;

---

[1]) Vgl. darüber Verhandlungen Bd. I S. 94, 95.

[2]) So Gretener und Gabuzzi. Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 95.

[3]) So Bezzola. Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 96.

[4]) Gautier, Verhandlungen Bd. I S. 96: „J'appuie la proposition de M. Zürcher, parce qu'elle permettra au juge de tenir compte de certains cas, rares, il est vrai, où le hasard seul a fait avorter le délit."

[5]) Daß Stooß mit gleichem Recht zu Gruppe 1 gestellt werden könnte,

Digitized by Google

3. keine bestimmte Richtung, jedenfalls aber nicht Gegner von Gruppe 2: Gabuzzi und Bezzola.

Verblüffend ist nach alledem das Resultat der Abstimmung: die Mehrheit spricht sich für die Fassung des Entwurfs aus.[1]) Trotz aller Bedenken und Wünsche wird also, ohne auch nur eine weitere Berücksichtigung des délit manqué zu verlangen, der Entwurf gutgeheißen.

b) Entwürfe vom August 1894 und vom August 1895.

Es ist deshalb um so erfreulicher, konstatieren zu können, daß Stooß selbst, rein persönlichen Beweggründen folgend, den in den Verhandlungen geäußerten Wünschen durch eine ausdrückliche Regelung des fehlgeschlagenen Verbrechens im **Entwurf 1894** entgegengekommen ist und daß er in der Fassung:

„Führt der Täter das Verbrechen ohne Erfolg aus, so kann er milder bestraft werden (Art. 14, Abs. 2)

eine in v. Lilienthals **Kritik** als „sehr empfehlenswert" bezeichnete Regelung gegeben hat, welche obigen Kritiker besonders erfreut, da „damit die volle Bestrafung des bösen Willens ermöglicht" wird, „den nur ein Zufall verhindert hat, Schaden zu stiften und andererseits dem nun einmal doch vorhandenen Empfinden Rechnung getragen" würde, „das in dem Vorhandensein und der Größe eines schädlichen Erfolges einen die Strafbarkeit beeinflussenden Umstand erblickt."[2])

Auch Stooß selbst begründet in den **Motiven**[3]) seine Neuregelung mit dem Hinweis darauf, daß „in der Tat der

---

beweist die Äußerung auf S. 93 a. A., Verhandlungen Bd. I; vgl. auch noch: Verhandlungen Bd. I S. 95 (mit Cornaz sachlich einverstanden) und Entwurf 1895, wo das délit manqué nicht erwähnt ist. Für den Platz, den wir Stooß gegeben, sprechen jedoch die Verhandlungen Bd. I S. 94, 96, ja auch schon S. 90, insofern er auf den weiten Strafrahmen hinweist, dann Bd. II S. 395 und Motive 1894 S. 131 zu Art. 14.

[1]) Allerdings heißt es: „gegenüber der von Zürcher vorgeschlagenen fakultativen Fassung". Dadurch wird das Resultat einigermaßen plausibel! Wie ist es aber absolut?

[2]) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 290.

[3]) Vgl. Motive 1894 Art. 14 S. 131.

Digitized by Google

mißlungene Versuch, das délit manqué des französischen Rechts, strafwürdiger" ist, „als der unbeendigte Versuch". „Für den beendigten und mißlungenen Versuch darf Strafmilderung nicht unbedingt geboten werden, denn es hängt oft nur von einem Zufall ab und ist von dem Willen des Täters ganz unabhängig, ob das Verbrechen gelingt oder mißlingt."

Der Vollständigkeit halber sei auch noch erwähnt, daß selbst diese neue Fassung einen Gegner gefunden hat, und zwar in James Goldschmidt,[1]) der sich gegen die darin angenommene fakultative Milderung für das fehlgeschlagene Verbrechen ausspricht und diese durch die obligatorische ersetzt sehen möchte, der aber auch nebenbei ein bestimmtes Strafmaß, dessen Aufstellung, wie aus seinen Ausführungen hervorgeht, jedenfalls seiner Ansicht entsprechen dürfte, für diesen Versuchstypus zu vermissen scheint.

Der nunmehr beim **Entwurf 1895** festzustellende Rückschlag ist um so auffallender, als uns jeglicher Grund dafür verborgen bleibt, da ja doch feststeht, daß Stooß berechtigt war, von sich aus Änderungen gegenüber Kommissionsbeschlüssen vorzunehmen, denn „der Entwurf bleibt solange eine Privatarbeit, als der Bundesrat und das Justizdepartement nicht mit der Aufgabe befaßt sind, ein Strafgesetzbuch zu entwerfen. Diese Aufgabe fällt aber den Bundesbehörden erst zu, wenn die Bundesverfassung die Vereinheitlichung des Strafrechts vorsieht."[2]) Es ist daher erklärlich, wenn der **Kritiker** dieser Stelle, Lammasch, im gleichen Sinne wie früher schon andere, hervorhebt, daß es vielleicht zu weit gehen dürfte, „wenn nach der neuesten Fassung des Art. 14 die Strafmilderung nicht bloß für den nicht beendigten, sondern auch für den beendigten Versuch obligatorisch vorgeschrieben" sei.[3])

Vorbesprochener Schritt ist aber noch rätselhafter, wenn man gewahr wird, daß Stooß gleich bei Beginn der **Ver-**

---

[1]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 70, 71.

[2]) v. Lilienthal a. a. O. S. 260 Anm. 1 (auf Grund einer privaten Äußerung von Stooß).

[3]) Lammasch, Entwurf S. 129.

Digitized by Google

handlungen[1]) zweiter Lesung neuerdings eine Fassung vorschlägt, welche das fehlgeschlagene Verbrechen einer ausdrücklichen Regelung unterwirft, bei welcher aber offenbar Art. 14, § 1, Abs. 1, Satz 2:

„ . . ., er (d. i. wer ein Verbrechen auszuführen versucht) **kann** milder bestraft werden, wenn er den Versuch zu Ende führt, aber ohne Erfolg"

den Westschweizern, welche doch eine solche Normierung sehr lebhaft gefordert hatten, zur Beruhigung dienen soll. Stooß hierzu gegebene Erklärungen decken sich mit jenen der Motive 1894 und finden, wie auch die neue Formulierung, die Zustimmung von Gautier, Cornaz und Zürcher. Da sich keine gegnerische Stimme geäußert hat, kann uns die Annahme der Bestimmung durch die Kommissionsmehrheit und der damit verbundene Sieg des Redaktors nur selbstverständlich erscheinen.

c) Entwurf vom März 1896.

Da sich Stooß Entgegenkommen bei der obigen Neuregelung mit seiner persönlichen Ansicht deckt,[2]) ist es erklärlich und natürlich, daß der **Entwurf 1896** in seiner Fassung:

„ . . ., er (d. h. wer ein Verbrechen auszuführen versucht) **kann** milder bestraft werden, wenn er den Versuch zu Ende führt, aber ohne Erfolg" (Art. 17, § 1, Abs. 1, Satz 2.)

keine Abweichung gegenüber dem Verhandlungsentwurf 1895 aufweist, und daß die **Kritik** auch hier wesentlich dieselben Gesichtspunkte hervorhebt, die sie schon beim Entwurf 1894 hervorgehoben, ist bei der nicht grammatikalischen Interpretation, welcher dieselbe nachgeht, nicht verwunderlich.

Lucchini,[3]) in seiner schon einmal hervorgehobenen allgemein gehaltenen Zustimmungsäußerung, schließt auch dieses Handlungsstadium mit ein, während Oetker, dem die Fassung „Bedenken erregt", seine speziell hierauf sich beziehende Kritik

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 395, 396. Vgl. auch oben § 1b S. 14.

[2]) Vgl. hierüber Verhandlungen Bd. II S. 395.

[3]) Vgl. Lucchini a. a. O. S. 10 und oben S. 16 unserer Arbeit.

Digitized by Google

dahin zusammenfaßt: „Sollte das fehlgeschlagene Delikt überhaupt eine Sonderstellung erhalten, so war bestimmte Regelung seiner Strafbarkeit geboten; die Verweisung auf das richterliche Ermessen muß zu ungleichmäßiger Praxis führen.“[1]) Endlich liegt das Eigentümliche in der, von jenen der beiden Vorgenannten abweichenden Äußerung Rolins: »et nous ajouterons que le même criminaliste (Carrara) louait les auteurs du code de Zurich, d'avoir écarté la notion du délit manqué, en le remplaçant par celle du conatus proximus“[2]) in der Empfehlung der Aufnahme des Begriffs conatus proximus sowohl, als auch in dem Hinweis auf Zürichs Str.G.B.[3])[4])

§ 3. Der Rücktritt vom Versuch.

a) Entwürfe vom Juni und August 1893.

Ganz natürlich scheint es uns, daß sowohl in der Kritik als auch in den Verhandlungen die Erörterungen über den Rücktritt vom Versuch einen relativ kleinen Raum einnehmen; denn einmal mag die Regelung im Entwurf, die ja von Anfang an gegeben war, die maßgebenden Stellen von vornherein befriedigt haben, andererseits sind aber unleugbar über die Wirkung des Rücktritts wesentliche Meinungsverschiedenheiten nicht feststellbar, und dies wirkt wieder dahin, eine zweckmäßige und befriedigende Normierung bedeutend zu erleichtern.

So finden wir denn zu den **Entwürfen 1893** eine einzige **kritische Äußerung,** und zwar von Merkel,[5]) welche das Juni-

---

[1]) Vgl. Oetker, Der Versuch S. 54.

[2]) Vgl. Rolin a. a. O. S. 44, 45.

[3]) Die Bestimmung des Zürcher Str.G.B. (Art. 35, Abs. 2) ist folgende: „Bei der Ausmessung der Strafe hat der Richter zu berücksichtigen, inwieweit die Versuchshandlung sich der Vollendung des Verbrechens genähert und welchen Einfluß der Wille des Täters auf die Nichtvollendung ausgeübt habe.“

[4]) Mercier, der sich einer eingehenderen Kritik der Bestimmung über das délit manqué enthält, nennt immerhin die dafür gebrauchte Wendung „une périphrase étrange“; vgl. a. a. O. S. 58.

[5]) Vgl. über das Folgende Merkel, Randbemerkungen S. 245.

Digitized by Google

Projekt des Jahres betreffend und auf keine sachliche Änderung desselben gerichtet, gegenüber der damaligen Fassung:

„Ist er (sc. der Täter) aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen abgestanden, so **bleibt** er straflos“ (Art. 16, Satz 2)

eine Verdeutlichung der Terminologie im allgemeinen nebst einer schärferen Hervorhebung des Begriffes der tätigen Reue anstrebt. Daß die Ersetzung von „aus eigenem Antrieb . . . abgestanden“ durch „ . . . die Vollendung aus eigenem Antrieb aufgegeben oder verhindert“ dieses Ziel nicht erreicht haben sollte, wird niemand zu behaupten wagen.

Aber trotz dieser Kritik zeigt der Art. 15, Abs. 2 des August-Entwurfs:

„Ist der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen abgestanden, so **wird** er straflos“

keine wesentliche Änderung gegenüber dem Juni-Entwurf. „Zwar läßt sich das, was der Täter getan hat, nicht rückgängig machen, allein indem er, der das Verbrechen herbeiführen wollte, es nun aus eigenem Antriebe in seiner Entwicklung verhindert, betätigt er eine dem Verbrechen widerstrebende Gesinnung, die es rechtfertigt, ihm die sonst verwirkte Strafe zu erlassen.“ Neben dieser in den **Motiven**[1]) enthaltenen Begründung der obigen Gesetzesstelle finden wir zu diesem Entwurf, wie bemerkt, keine weitere Besprechung und sind daher genötigt, sofort auf die **Verhandlungen**[2]) einzugehen.

Was nun deren Verlauf betrifft, so hatte schon im Anfang der Sitzung vom 23. September 1893 Cornaz die Rücktrittsfrage gestreift, ohne allerdings länger dabei zu verweilen, und ähnliches ist auch von Gabuzzi auszusagen, der, bei der Besprechung der Vorbereitungshandlungen den bekannten Zusatz verlangend,[3]) in der von ihm dafür vorgeschlagenen Fassung den Rücktritt gleich mitregelte, sodaß besagte Einschränkung auch

---

[1]) Vgl. Motive 1893 Art. 15 S. 29, 30.
[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 90ff.
[3]) Darüber vgl. oben § 1a S. 11, 12.

Digitized by Google

auf diesen Platz griff und somit der qualifizierte Versuch hier schon seine Regelung gefunden hätte.[1])

Diesen Antrag zog jedoch Gabuzzi später zurück, und der speziell der Rücktrittsfrage gewidmete Teil der Verhandlungen erledigte sich sodann mit einer Erklärung von Stooß, welche darauf hinwies, daß der Artikel 15, Abs. 2 auch die tätige Reue[2]) mit umfassen wolle und die Änderung, die an diesem gegenüber dem Juni-Projekt zu bemerken sei (es steht „wird" statt „bleibt" straflos), zu dem Zweck gewählt wurde, um deutlich zum Ausdruck zu bringen, daß es sich um einen Strafaufhebungsgrund handle. Da mit dieser Erklärung auch der zweite Redner, Gretener, prinzipiell übereinstimmt, obschon er die Bestimmung selbst „etwas theoretisch" findet, auch weder von seiner noch von anderer Seite wesentlicher Widerspruch erhoben wird, so ist die Annahme des Art. 15, Abs. 2 in der Schlußabstimmung zugleich als die natürliche und erwartete Lösung zu betrachten.

b) Entwürfe August 1894 und August 1895.

Da keine Gründe vorlagen, bei der Neuredaktion des August-Entwurfs von 1893 eine Änderung der Rücktrittsbestimmung in sachlicher Beziehung vorzunehmen, ist deren Wiederkehr im Art. 14, Abs. 3 des **Entwurfs 1894,** welcher nur eine rein formelle Abweichung gegenüber seinem Vorgänger aufweist, ohne weiteres verständlich:

Daß aber dieser Absatz 3:

„Steht der Täter aus eigenem Antriebe von dem Verbrechen ab, so wird er von Strafe befreit" (Art. 14),

den v. Lilienthal allerdings „in seiner Kürze ungemein gelungen" findet, bei dessen Besprechung aber der **Kritiker** doch den das zunächst gespendete Lob etwas einschränkenden Wunsch nach

---

[1]) Besagte Fassung selber ist aufgezeichnet oben § 1a S. 11 Anm. 6.

[2]) Nicht zu verwechseln mit der von Stooß gleich genannten „tätigen Reue" in Art. 37 (vgl. Motive 1893 S. 73), bei welcher ein vollendetes Verbrechen vorliegt.

Digitized by Google

einer Regelung des qualifizierten Versuchs ausspricht,[1]) daß dieser Absatz trotz jenes Vorschlages im **Entwurf 1895** in unveränderter Gestalt wiederkehrt, ist auffallend.

Die **Verhandlungen** zeitigten denn auch nichts Neues, außer daß sich eben v. Lilienthals Vorschlag nachträglich noch die nötige Beachtung erzwingt, welchen Sieg der in Schrift und Wort vereinten Kritik der Verhandlungsbericht kurz mit folgenden Worten verkündet: „Auf Anregung von Scherb erklärt sich der Verfasser des Entwurfs bereit, für diejenigen Fälle einen ausdrücklichen Vorbehalt zu machen, in welchen in der Handlung an und für sich schon ein Verbrechen liegt.“[2])

c) Entwurf von 1896. März.

Dieses Versprechen wurde denn auch im Artikel 17, § 2 des **Kommissionalentwurfs** erfüllt, welcher in seinem Text:

„Steht der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen ab, so wird er von der Strafe, **die auf dieses Verbrechen angedroht ist,** befreit“

den qualifizierten Versuch ausdrücklich berücksichtigt, und zwar mit dem Erfolge einer vollkommenen Zufriedenstellung der älteren **Kritik,** welche uns hier von Lucchini[3]) und Oetker[4]) verkörpert wird.

Neuerdings ist aber zu dieser Fassung — allerdings unter spezieller Berücksichtigung des französischen Textes[5]) — von

---

[1]) v. Lilienthal a. a. O. S. 291: „Wie es beim sogenannten qualifizierten Versuch steht, sagt das Gesetz nicht“. „Bei der tatsächlichen Bedeutung dieser Frage würde es sich empfehlen, den Willen des Gesetzes nach der einen oder andern Seite klar zum Ausdruck zu bringen.“

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 401.

[3]) Vgl. Lucchini a. a. O. S. 10.

[4]) Oetker, Der Versuch S. 69: „Die Bestimmung hat durch prägnante Kürze und durch Gleichbehandlung des beendigten Versuchs (das Erfordernis des Unentdecktseins ist gestrichen) den großen Vorzug vor § 46 R.Str.G.B.“

[5]) Dieser wird von Mercier a. a. O. S. 58 Anm. 1 dahin angegeben:

§ 2: „L'auteur qui, de son propre mouvement, se sera **désisté** de la tentative d'un délit n'encourra pas la peine prévue par la loi **pour ce délit**“.

Digitized by Google

Mercier[1]) noch bemerkt worden, daß im Artikel 17 nicht deutlich zum Ausdruck gebracht sei, ob sich die Bestimmung nur auf die tentative im engern Sinne oder auch auf den Fall beziehe, bei dem der Täter die „actes d'exécution" vollendet hätte. Es ist also, kurz gefaßt, darnach gefragt, ob das „repentir actif" in dem Paragraphen auch inbegriffen sein soll. Mercier würde es begreifen, wenn der Entwurf von einer ausdrücklichen Regelung der Wirkung der tätigen Reue im strafaufhebenden Sinne absehen würde, weil sich daraus Inkonsequenzen bezüglich der Anwendung des Strafaufhebungsgrundes ergeben, je nachdem es sich um gewöhnlichen Versuch einerseits, délit manqué, und untauglichen Versuch andererseits handelt; er findet aber in den Arbeiten über den Entwurf keinen Anhalt für diese Vermutung und kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Bestimmung sowohl den Fall des délit manqué als den des unbeendigten Versuchs treffen soll, und sie deshalb sowohl dem Vorwurf einer ungenauen Ausdrucksweise als auch demjenigen der Herbeiführung von vermeidbaren Inkonsequenzen unterliege. In bezug auf die Terminologie des § 2 spricht er sich sodann unter ausdrücklicher Hervorhebung der etwas besseren Fassung des deutschen Textes über den französischen in folgenden Worten aus: „Au point de vue formel, nous regrettons cette circonlocution: „l'auteur . . . n'encourra pas la peine prévue par la loi pour ce délit." La peine de la tentative, non plus, n'est pas celle prévue pour le délit? Veut-on dire que l'auteur encourra une autre peine? Veut-on dire, au contraire, qu'il n'encourra **aucune** peine, pour autant que les actes commis ne constituent pas en eux-mêmes un délit sui generis? Alors pourquoi ne pas le dire clairement?"[2])

§ 4. Der untaugliche Versuch.[3])

a) Entwürfe vom Juni und August 1893.

Auffallend ist bei Betrachtung der **Entwürfe von 1893** das Fehlen einer jeden formellen Erwähnung des untauglichen Ver-

[1]) Vgl. über das Folgende Mercier a. a. O. S. 59, 60.

[2]) Vgl. Mercier a. a. O. S. 59 Anm. 1.

[3]) Ein Nachteil der folgenden Ausführungen möchte vielleicht in der etwas

Digitized by Google

suchs, um so auffallender, als diese Tatsache offenbaren Mißverständnissen des Redaktors in der Auffassung seines eigenen Gesetzes Vorschub geleistet hat. Auch kann der Eindruck der Unsicherheit bezüglich der Regelung dieser Materie nicht geleugnet werden.

Immerhin liegt aber schon in den Gründen, welche für diese Maßnahme angegeben werden und die nicht in der noch ungelösten Kontroverse selbst liegen, ein Fortschritt des Schweizer Entwurfes gegenüber dem R.Str.G.B. Kann doch unserem Gesetzgeber, sobald er andere Gründe angibt, nicht vorgeworfen werden, daß er lediglich der Schwierigkeiten halber von einer Regelung abgesehen! Auch sagen uns ja die Motive, daß in Art. 14 eine Bestimmung gegeben sei, welche die Bestrafung des untauglichen Versuchs in bestimmten Fällen ermöglichen soll. Also ist unser Gesetzgeber auch nicht gewillt gewesen, mit der viel mißbrauchten Wendung: „Die Entscheidung dieser Frage wird Wissenschaft und Praxis überlassen" sich aller Mühe bezüglich einer legislativen Regelung zu entheben.

Er will allerdings keine ausdrückliche Regelung geben, gibt aber doch eine „stillschweigende" wenigsten für bestimmte Fälle.[1])

So bemerken denn die **Motive** zum August-Projekt: „Der Entwurf hat davon abgesehen, den Versuch mit untauglichem Mittel und am untauglichen Objekte ausdrücklich unter Strafe zu stellen. Eine solche Strafbestimmung würde die Anschauungen der romanischen Schweiz verletzen und auch in dem deutschen Teile der Schweiz nicht überall Beifall finden. Die schwersten Fälle werden aber auf Grund des Art. 14 strafbar sein."[2])

---

weitschweifigen Art des Referats gesehen werden. Demgegenüber sei darauf hingewiesen, daß bei Beachtung des Umstandes, daß unser Thema speziell den untauglichen Versuch ins Auge faßt, eine gewisse Berechtigung der Ausführlichkeit nicht bestritten werden kann.

[1]) Daß dies lediglich die Ansicht des Redaktors und nicht meine eigene ist, dürfte klar sein. Dies wird auch aus dem Dritten Teil noch deutlicher ersichtlich werden.

[2]) Vgl. Motive, September 1893. Art. 15 S. 29. Bei unserer Darstellung sind hier die Motive, welche sich eigentlich formell nur auf den August-Entwurf beziehen, auch dem Juni-Entwurf vorangestellt und beide Projekte unter dem dort

Digitized by Google

Daß aber diese Hilfsbestimmung für den untauglichen Versuch, diese Irrtumsbestimmung im eigentlichen Sinne:

„War der Täter, als er handelte, in einer irrigen Vorstellung über wesentliche Verumständungen befangen, so ist sein Handeln auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen“ (Art. 14),

daß dieser Artikel zu ganz unhaltbaren Konsequenzen führen mußte, darauf hat uns Adolf Merkel in seiner **Kritik** schon 1893 aufmerksam gemacht. Hier hob er hervor, daß die **Juni-Fassung** auch das Putativdelikt strafen müßte und beantragte, um dieser Konsequenz vorzubeugen, eine Verbesserung durch Einfügung der Wendung: „War der Täter bei Begehung einer gesetzwidrigen Tat . . . usf.“[1])

Daß Stooß beim Zusatz des Wortes „widerrechtliches“ in der **August-Fassung** von Merkels Kritik beeinflußt, den in jener hervorgehobenen Fehler ausmerzen wollte, wird niemand bezweifeln. Auch muß sodann zugegeben werden, daß der nunmehrige Art. 14:

„War der Täter, als er handelte, in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt befangen, so ist sein **widerrechtliches** Handeln auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen“,

in dieser Beziehung eine Klärung zu stande brachte. Immerhin war diese naturgemäß weder in der Lage, das Interesse der Vertreter der Wissenschaft an der Regelung einer so bestrittenen Frage, wie die über den untauglichen Versuch es ist, aufzuheben, noch die gewohnte Zersplitterung der kritischen Stimmen zu paralysieren.

Wach,[2]) der offenbar im Worte „Sachverhalt“ schon das Moment sieht, welches die Bestrafung des Putativdelikts ausschließt, befindet sich mit seiner **Kritik,** die den Artikel 14 als „glücklich gefaßt“ bezeichnet, in voller Übereinstimmung mit von Lilien-

---

gegebenen Gesichtswinkel betrachtet. Wir glaubten dazu aus dem Grunde berechtigt zu sein, weil Stooß jedenfalls beim Juni-Entwurf von den gleichen Beweggründen geleitet worden ist, wie beim späteren Projekt.

[1]) Vgl. Merkel, Randbemerkungen S. 244.

[2]) Vgl. Wach a. a. O. S. 7.

Digitized by Google

thal.[1]) Ja, dieser letztere nimmt sogar ausdrücklich auf Wachs Urteil bezug und macht nur nebenbei noch auf mehrere von anderer Seite geäußerte Bedenken aufmerksam, die allerdings seines Erachtens „nicht stichhaltig“ sind. Jenen Einwänden gegenüber spricht er vielmehr seine persönliche Ansicht dahin aus, daß „bei richtiger Auslegung, d. h. in favorem rei“ die von vielen befürchteten Folgen mit Bezug auf die Bestrafung des untauglichen Versuchs und des Putativdelikts nicht eintreten würden. Damit hat er aber die Bestimmung in dem Sinne beurteilt und interpretiert, in welchem auch Mercier[2]) den Artikel 14 des Entwurfs von 1893 aufzufassen scheint. Zürcher[3]) geht auf Einzelheiten weniger ein, sondern begnügt sich mit dem enthusiastischen Ausruf: „Mit der Bestimmung (hier ist der Art. 14 eingefügt) ist ein ganzes Buch von Streitfragen über wesentlichen und unwesentlichen Irrtum, Rechtsirrtum und Tatirrtum und dergleichen in klarster Weise erledigt.“[4])

Die enormen Meinungsunterschiede unter den Kritikern werden uns erst recht klar, wenn wir z. B. der oben angeführten v. Lilienthalschen Zustimmungsäußerung die Ansicht von v. Liszt[5]) entgegenhalten. Mit der Bemerkung: „Unbedingten und uneingeschränkten Widerspruch muß ich gegen Artikel 14 erheben“, seine Erörterungen beginnend, weist er weiter auf das Unlogische in den Motiven hin, welche die auf Grund einer auf Fahrlässigkeit beruhenden irrigen Vorstellung vorgenommene Handlung als strafbar behandeln möchten, obschon der Artikel

[1]) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 285, 286: „Wach findet den Art. 14 glücklich gefaßt, ich kann mich dem nur unbedingt anschließen.“

[2]) Vgl. Mercier a. a. O. S. 56: „Quelque peine que l'on ait à concevoir comment on aurait pu rationellement frapper des faits non incriminés par la loi au moyen de cet article — qui, prévoyant **l'erreur,** ne peut d'ailleurs être interprêté qu'en **faveur** du prévenu et non **contre** lui — on voit etc. . .“

[3]) Vgl. Zürcher in „Der Bund“ 1893 No. 256 2. Blatt.

[4]) Zu nennen wäre noch Gallet, der dem Artikel 14 seine Zustimmung erteilt, obschon er ihn auch zu Ungunsten des Angeklagten auslegt. Auf seine Ansicht (vgl. Gallet a. a. O. S. 348, 279) und diejenige Saleilles (vgl. denselben a. a. O. S. 72 Anm. 3) wollen wir jedoch erst im III. Teil eingehen, da die von ihnen getanen Äußerungen einen mehr historischen als kritischen Charakter tragen (vgl. Dritter Teil, § 1 IV.)

[5]) Vgl. v. Liszt im Archiv S. 408, 410.

Digitized by Google

'keinen Raum für deren Bestrafung offen läßt; er zeigt uns, zu was für seltsamen, unzweckmäßigen, ja ungerechten Konsequenzen die Bestimmung führt, welche „nicht nur zu gunsten, sondern auch zu ungunsten des Angeklagten" wirkt; er hebt hervor, daß trotz der Ansicht der Motive, daß eine Regelung des untauglichen Versuchs nicht vorgenommen worden, eine solche tatsächlich doch gegeben sei, „und zwar gerade im Artikel 14, und nicht bloß für die ‚schwersten Fälle' des untauglichen Versuchs." Endlich faßt er das Ergebnis seiner Ausführungen über den Artikel, der nicht einmal eine zufriedenstellende Regelung des Tat- und Rechtsirrtums erreiche, dahin zusammen, „daß Artikel 14 völlig unannehmbar" sei. „Die alte Streitfrage über den Versuch mit untauglichem Mittel und an untauglichem Objekt bedurfte besonderer Entscheidung im Gesetz, soll die Rechtsprechung nicht der völligen Unsicherheit verfallen und das Rechtsbewußtsein des Volkes empfindlich verletzt werden. Die stillschweigende Entscheidung, welche Art. 14 enthält, genügt in keinem Falle, ganz abgesehen davon, daß sie meines Erachtens unrichtig ist."

Zu dem gleichen Schlußergebnis, nämlich zur Ablehnung der Entwurfsnormierung gelangt auch noch Ferri, welcher seine Kritik speziell auf die Frage der Regelung des Rechts- und Tatirrtums konzentrirt und, den Spuren der positiven Schule folgend, auch beim Rechtsirrtum Strafmilderung resp. Strafaufhebung verlangt. Diese Ablehnung faßt er in seiner etwas rauhen, aber offenen und ehrlichen Art in die Worte zusammen: „Fondare la giustizia penale sul vecchio aforisma che ‚l'ignoranza della legge non iscusa' mentre in realtà non vi è nessun cittadino che conosca tutte le leggi che deliziano la società civile, è veramente il colmo delle menzogne convenzionali."[1])

Allerdings muß hervorgehoben werden, daß er hierbei Art. 37, der ja den Rechtsirrtum als fakultativen Strafmilderungsgrund geregelt hat, also seiner obigen Forderung zum Teil entgegenkommt, vollkommen übersehen hat. Sein Urteil würde sonst wohl weniger scharf ausgefallen sein.

---

[1]) Vgl. Ferri, Il progetto S. 705.

Digitized by Google

Endlich sei noch erwähnt, daß sich auch Gretener[1]) in seinen „Bemerkungen und Anträgen zum revidierten Vorentwurf (August 1894)“ in einem Rückblick auf den Entwurf 1893 dahin ausgesprochen, daß Art. 14 „nur für eine Gruppe von Irrtumsfällen zutreffend, für alle anderen irrig“ sei. Daß er zu diesen letzteren sowohl den Fall des „Putativdelikts“[2]) als auch diejenigen „der irrigen Annahme eines Strafschärfungsgrundes“ und „der irrigen Nichtannahme von strafmildernden oder strafausschließenden Umständen“ rechnet, sei der Vollständigkeit halber auch noch angeführt.

Diesen ausführlichen kritischen Äußerungen gegenüber liegt die Vermutung sehr nahe, daß die folgenden **Verhandlungen,**[3]) die hier in zwei Sitzungen der Betrachtung unterliegen, kaum neue Momente ans Tageslicht fördern, sondern dieselben Punkte wie die Kritik hervorheben werden. Daß diese Vermutung nicht unrichtig wäre, werden die folgenden Ausführungen erweisen.

So äußert Gretener in der Sitzung vom 22. September, in welcher der Artikel 14 im allgemeinen zur Erörterung stand, die gleichen Bedenken gegen die Fassung dieser Bestimmung, welche er später in den von uns schon betrachteten „Bemerkungen und Anträgen“ zusammenfaßte, allerdings mit der Abweichung, daß er hier die Frage, „ob nicht auch das Putativdelikt nach der Bestimmung im Artikel 14 strafbar sei“, in negativem Sinne beantwortet. Er ist eben noch der Ansicht, daß in dem Worte „widerrechtliches“ eine Bürgschaft für die Straflosigkeit des bloßen Wahnverbrechens gegeben sei.[4])

---

[1]) Vgl. Gretener, Bemerkungen und Anträge S. 771, 772.

[2]) Gretener scheint die gleiche Begriffsbestimmung des Putativdeliktes anzunehmen, wie Frank. Dies entspricht nicht unserer Auffassung. Im von Gretener, S. 772, angeführten Falle würden wir untauglichen Versuch annehmen. Vgl. übrigens Frank, Lehrbuch S. 102 No. 4b u. S. 54.

[3]) Über das Folgende vgl. Verhandlungen Bd. I S. 81—83 und 97 a. E. — S. 99.

[4]) A. A. über diese Bestimmung ist Gretener in Verhandlungen Bd. I S. 98; ebenso Gretener, Bemerkungen und Anträge S. 772 a. A. (Diese sind erst nach den Verhandlungen erschienen.) Vgl. dazu unsere Arbeit S. 33 a. A.

Digitized by Google

Stooß' Entgegnung, welche darin gipfelt, daß ein weiterer Zusatz zum Artikel aus dem Grunde nicht nötig sei, weil dieser nur zu Gunsten des Angeklagten Anwendung finden sollte, war weder in der Lage, Perriers[1]) Zweifel in bezug auf den Sinn der Bestimmung zu zerstreuen, noch die Wiederholung von Greteners oben angeführten Vorstellungen hintanzuhalten. Daß aber gerade nach des Redaktors Hinweis einerseits auf „eine vernünftige Auslegung" (sic!), die jene Fälle schon ausschließen werde, in denen der Täter irrigerweise Strafschärfungsgründe angenommen habe, andererseits auf die Motive[2]) bezüglich der Regelung des untauglichen Versuchs, daß noch nach diesem Hinweis und gerade nach diesem Cornaz, Scherb und Zürcher die Fassung des Entwurfes unterstützen, und nur sehr gelinder Widerspruch dagegen laut wird, ist erstaunlich, darf aber um so weniger hoch angeschlagen werden, als die genannten drei Kommissionsmitglieder von ganz verschiedenen Standpunkten aus dem Redaktor zu Hülfe eilen und sich gerade hierin die Breite und Unzulänglichkeit der Bestimmung erweist.

Verstehe ich Cornaz recht, so müßte er, infolge der Forderung von „intention" und „fait" zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, bei der hauptsächlichen Betonung des letztern Momentes, den objektiven Standpunkt vertreten und zur Straflosigkeit jedes untauglichen Versuchs gelangen. Ob er diese Folgerung wirklich zieht, ist mir immerhin zweifelhaft. Andrerseits basiert Scherbs Zustimmung auf der Ansicht, daß die Frage des Versuchs mit untauglichem Mittel und an untauglichem Objekt „gesetzgeberisch nicht gelöst" werden könne, daß sie im Gegenteil „vom Richter je nach den Umständen

[1]) Diese Zweifel über Art. 14 legt Perrier in folgenden Sätzen nieder: „Mais cette erreur sur les faits constituera-t-elle une aggravation ou une atténuation de l'acte? Est-il ici question de l'acte erroné, de celui, par exemple, qui consiste à donner à quelqu'un qu'on veut empoisonner de la farine au lieu d'arsenic?" (Verhandlungen Bd. I S. 82.)

[2]) Vgl. Motive 1893 S. 29. Es ist daraus ersichtlich, daß Stooß' Hinweis keinerlei Klärung bedeutet. In der Verhandlung über Art. 14 verweist Stooß auf die Motive, in den Motiven aber auf Art. 14. Durch einen solchen Kreislauf wird ein faßbares Ergebnis nicht zu erlangen sein.

Digitized by Google

des Falles entschieden werden müsse", während drittens und endlich Zürcher in seinen subjektivistischen Prinzipien fußend, die Entwurfsfassung offenbar nur darum verteidigt, weil er damit jeden Fall des untauglichen Versuchs strafen könnte.

Unter diesen Umständen begreifen wir sowohl Greteners Äußerung: „Der Artikel ist nicht klar genug gefaßt" als auch dessen Wunsch, nicht schon im Artikel 14 die Frage des untauglichen Versuchs entscheiden zu wollen, „deren Lösung von der Stellungnahme zu der bestrittenen Frage abhängt, ob in der Versuchslehre der objektive oder der subjektive Standpunkt zu billigen sei".

Unter diesen Umständen erscheint uns auch ein Vermittelungsantrag Gabuzzis plausibel, der die ausdrückliche Erläuterung verlangte: „que le tribunal appréciera l'acte erroné comme devant profiter au déliquant."[1]) Daß aber dieser Antrag, welcher bei den herrschenden Gegensätzen von vornherein wenig Aussicht auf Annahme hatte, von der Kommission abgewiesen wurde, kann uns nicht überraschen. Immerhin ist als Folge dieser Tatsache die andere festzustellen, daß Gabuzzi zu den Gegnern der Entwurfsfassung zu zählen ist, denn von der eventuellen Annahme seines Antrages hatte er seine Zustimmung zu jener abhängig gemacht.

Verwunderlich im höchsten Grade ist aber die nun folgende Annahme des Art. 14 in unveränderter Form und ohne irgendwelche Einschränkung.

Die Sitzung vom 23. September, in welcher zunächst Momente erörtert werden, die außerhalb unseres Interesses liegen, gab in ihrem 1. Teil Gretener Gelegenheit, wieder darauf zu dringen, „daß die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt wenigstens erwähnt werde",[2]) wie denn diesem Kommissionsmitglied das Verdienst nicht abgesprochen werden kann, möglichst oft die Dringlichkeit einer solchen Regelung gebührend hervorgehoben zu haben. Auf diese Spezialfrage wurde jedoch das Augenmerk der Kommission

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 83.
[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 92.

Digitized by Google

erst am Schlusse der Sitzung konzentriert, als der Punkt erörtert wurde, „ob der Redaktor ersucht werden soll, über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt eine Bestimmung aufzunehmen.“ [1])

Auf Greteners bejahende Antwort replizierte Stooß mit dem Hinweis auf die Irrtumsbestimmung: „Wir haben zu der Frage schon Stellung genommen. In Artikel 14 hat der Richter eine Handhabe, diese Fälle richtig zu behandeln, und es ist deshalb nicht nötig, sie besonders zu erwähnen.“ [2]) Dadurch aber zog er sich eine prompte und berechtigte Zurechtweisung von seiten Bezzolas zu, mit dessen Ansicht Gretener und Perrier übereinstimmten. Bezzola nämlich hatte sich dahin geäußert: „Gerade weil Art. 14 angenommen wurde, muß die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt ausdrücklich entschieden werden. Denn sonst wird man annehmen müssen, daß jene Fälle strafbar seien.“ Die überdies von Gretener geltend gemachte Meinung, daß Art. 14 auch zur Bestrafung des Putativdelikts führen würde, stimmt mit dessen Äußerung in den Bemerkungen und Anträgen, die wir schon oben beachteten, überein.

Perriers Erörterung der von seiten einer Nichtschwangeren versuchten Abtreibung gab Stooß Gelegenheit, auf die Regelung des bernischen Strafgesetzbuchs hinzuweisen, in welchem dieser Fall im besonderen Teil als Ausnahmebestimmung geregelt ist. Die Bitte, welche er außerdem den verschiedenen Antragstellern gegenüber aussprach, gegebenenfalls eine Redaktion vorzulegen und ihn nicht damit zu betrauen, da er nicht wüßte, wie er die Bestimmung fassen soll, ist wohl lediglich als Ausdruck momentaner Mißstimmung aufzufassen und braucht einer weiteren Berücksichtigung nicht unterzogen zu werden.

Nachdem aber auch noch Männer wie die Bundesrichter

---

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 97—99.

[2]) Wir führen hiermit die Stelle wörtlich an, denn u. E. kann diese Stooßsche Äußerung, welche erfolgt, nachdem schon durch die Kritiken, zum mindesten aber durch die Verhandlungen, auf die sehr großen Mängel und bedeutenden Zweifelsfragen, die Art. 14 enthält, hingewiesen worden ist, nicht anders als „verblüffend optimistisch“ genannt werden.

Digitized by Google

Morel und Cornaz ihre Stimmen für die Aufnahme einer Spezialredaktion des untauglichen Versuchs erhoben hatten, wäre wohl die Voraussage der schließlichen Bejahung der zur Verhandlung stehenden Frage nicht unberechtigt gewesen; doch muß Stooß' Bemerkung: „Das Stillschweigen des Gesetzes ist im Sinne der Straflosigkeit zu deuten" die Gemüter der meisten Kommissionsmitglieder vollkommen beruhigt haben, denn sonst wäre das Abstimmungsergebnis, in dem sich die Mehrheit „gegen die Aufnahme einer Bestimmung über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt" ausspricht, als unbegründet und unerklärlich erschienen. So ist es erklärlich, muß aber selbst unter obigen Umständen als höchst verwunderlich und befremdlich bezeichnet werden

b) Entwürfe vom August 1894 und August 1895.

Obschon die Abstimmung vom 23. September 1893 die Irrtumsbestimmung approbierte und trotz der vielen geäußerten Wünsche auf die Berücksichtigung des untauglichen Versuchs in einer eigenen Norm keinen Wert zu legen schien, haben die Kritiken ihre Wirkung doch nicht verfehlt, vielmehr den Redaktor veranlaßt, seiner besseren Einsicht und seinem legislatorischen Takt folgend, seiner früher kundgegebenen Ansicht entgegen, die Irrtumsbestimmung vollkommen umzuändern und diese zugleich mit der Neufassung auch vom untauglichen Versuch zu trennen. So finden wir denn im **Entwurf 1894** für Irrtum und untauglichen Versuch zwei getrennte Normierungen:

Art. 12 (Irrtum): „Irrt der Täter über eine Tatsache, so wird sie ihm nicht zum Vorsatz zugerechnet.

Handelt der Täter in dem Glauben, er mache sich keines Verbrechens schuldig, so kann er milder bestraft werden".

Art. 14, Abs. 5: „Versucht jemand ein Verbrechen aus Versehen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen, mit dem oder an dem es unmöglich begangen werden kann, so mildert der Richter die Strafe unbeschränkt."

Digitized by Google

Die Entstehung dieser neuen Normen, die Abänderung der früheren wird uns von Stooß in den **Motiven**[1]) damit begründet, daß die Irrtumsbestimmung von 1893 „doch zu verschiedenen Auslegungen und zu Mißverständnissen Anlaß“ gegeben habe, daß hingegen beim Artikel über den untauglichen Versuch auf die von vielen Seiten geäußerten Wünsche Rücksicht genommen werden sollte. Dieser letztere Artikel sei mit der Zuversicht aufgestellt worden, daß er „das Wesen dieser Art des Versuchs mit genügender Schärfe bestimmen dürfte“.

Daß die früher in Art. 37 enthaltene Regelung des Rechtsirrtums im neuen Entwurf dem Tatirrtum unmittelbar und zwar in ein und demselben Artikel angeschlossen worden ist, wird beim Lesen jener Bestimmung nicht unbeachtet geblieben sein.

Die zwei zu diesem Entwurf sich äußernden **Kritiker,** von Lilienthal[2]) und Groß,[3]) bezeugen übereinstimmend prinzipiell ihre Freude mit der besonderen Regelung des untauglichen Versuchs, finden aber im speziellen an dessen Fassung manches auszusetzen.

Zunächst auf den Irrtum eingehend, bedauert v. Lilienthal die Umänderung der 93er Bestimmung, da sich die neue Norm „in den gewohnten Bahnen“ bewege, „ohne durch ihre Fassung irgendwie die bekannten Streitfragen aus der Welt zu schaffen“; den früher an anderem Orte geregelten Absatz 2 findet er jedoch „sehr glücklich“.

Die Bestimmung über den untauglichen Versuch würde er aber einerseits durch Weglassung des Ausdrucks „aus Versehen“, andererseits durch Beifügung des Zusatzes „in der beabsichtigten Weise“ beim Worte „unmöglich“ von einer nicht einwandfreien zu einer alle Zweifel ausschließenden umändern. Unverändert würde eben der Ausdruck „aus Versehen“ dazu führen, daß die Norm gerade in jenen Fällen unanwendbar wäre, „in denen eine Strafmilderung meist am Platze sein würde“;[4]) das Wort „un-

---

[1]) Vgl. Motive 1894 S. 129.

[2]) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 286, 290, 291.

[3]) Vgl. Groß a. a. O. S. 326.

[4]) Danach scheint v. Lilienthal für die nicht „aus Versehen“ untauglich

Digitized by Google

möglich“ hingegen wäre ohne weitere Verdeutlichung „verfehlt“, wie der obige Ausdruck, und unangebracht, weil am Ende „nichts unmöglich“ ist. „Absolut untaugliche Mittel gibt es im eigentlichen Sinne des Wortes wirklich nicht.“

Genau dieselben Bedenken äußert mit Bezug auf die Worte „aus Versehen“ auch Groß,[1]) während Gretener[2]) wiederum, weitergehend als seine Vormänner, zur en bloc-Verwerfung der beiden Artikel rät. Art. 12, Abs. 1 möchte er im Sinne des § 59 R.Str.G.B.,[3]) § 73 und 74 des Aargauischen Entwurfs,[4]) des

---

gebliebenen Fälle nach dem Entwurf 1894 die Strafe der Vollendung aussprechen zu wollen, worauf auch der letzte Satz auf S. 290 hinweist. Dagegen würde aber doch Art. 14, Abs. 1: „Der Versuch eines Verbrechens wird milder bestraft“ sprechen. Vgl. auch die Ansicht Webers contra Gretener in den Verhandlungen Bd. II S. 398.

[1]) Groß findet a. a. O. S. 326, daß „diese vortreffliche Bestimmung, welche eine viel umstrittene Frage einfach und glücklich löse, durch die definierende Bestimmung „aus Versehen“ verdorben sei, denn sie wolle doch auch gewisse andere Fälle treffen, in denen von einem Versehen sicherlich nicht gesprochen werden könne.“

[2]) Vgl. Gretener, Bemerkungen und Anträge S. 771—774, S. 775.

[3]) Diese Bestimmung lautet: „Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.“

[4]) Aarg. Entwurf § 73: „Wenn aber dieses Wissen und Wollen (§ 72), sei es aus tatsächlichem, oder sei es aus rechtlichem, oder sei es aus entschuldbarem, oder sei es aus unentschuldbarem Irrtum auch nur bei einem Momente des Tatbestandes des Verbrechens oder Vergehens fehlt, so ist rechtswidriger Vorsatz in Bezug auf dieses Verbrechen oder Vergehen ausgeschlossen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.“

§ 74: „Wenn jemand bei Begehung einer in diesem Gesetze mit Strafe bedrohten Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt

Digitized by Google

Art. 69 des Neuenburger Str.G.B.[1]) abgeändert sehen, da die jetzige Norm, ausgehend von der Regelung des Vorsatzes in Art. 48,[2]) als „völlig überflüssig", in dem Fall aber, daß sie zugleich besagen soll, daß das Verbrechen „bei Irrtum über eine Tatsache" nicht zum Vorsatz zugerechnet werden dürfe, als „unzutreffend", drittens aber als „in jedem Fall nicht ausreichend" bezeichnet werden müsse, weil trotz ihres Vorhandenseins über verschiedene Fragen der Zurechnung Zweifel übrig blieben.

Der Absatz 2 ist seines Erachtens darum abzuweisen, weil er „Fälle, die verschiedener Natur sind und verschiedener Behandlung bedürften", zusammenfaßt, die Normierung des untauglichen Versuchs hingegen aus dem Grunde, weil sie „gerade die gefährlicheren Fälle allein der milderen Behandlung unterwirft", während die leichteren „der ordentlichen Strafe" unterliegen.[3]) Dem würde durch die Regelung im Sinne des russischen St.G.B.[4]) vorgebeugt.[5]) —

---

diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist."

Vgl. Heuberger, Strafgesetzbuch f. d. Kanton Aargau. Entwurf. Brugg 1892.

[1]) Projet de code pénal (du 5 mars 1889). Art. 69: „Nul ne peut s'excuser en alléguant qu'il ignore ou qu'il a mal compris la loi pénale.

Si l'auteur de l'infraction ignorait l'existence de circonstances qui en constituent le caractère délictueux, ou qui en aggravent la peine, ces circonstances ne lui seront point imputées.

A l'égard des actes involontaires commis par négligence ou imprudence, cette dernière disposition n'est applicable qu'autant que l'ignorance n'est pas elle-même le résultat d'une négligence ou d'une imprudence."

[2]) Art. 48 lautete im Abs. 1: „Vorsätzlich bedeutet: mit Wissen und Willen".

[3]) Vgl. dazu die Bemerkung Webers contra Gretener in Verhandlungen Bd. II S. 398; sodann die Anm. 4 auf S. 38 dieser Arbeit.

[4]) Greteners Vorschlag lautet; „Der Versuch, ein Verbrechen an einem nicht existierenden oder hierfür untauglichen Gegenstande zu begehen, bleibt straflos. Desgleichen bleibt straflos der Versuch, ein Verbrechen mit untauglichen, aus grober Unwissenheit oder rohem Aberglauben gewählten Mitteln zu begehen". Vgl. Gretener, Bemerkungen und Anträge S. 775.

Digitized by Google

Hier ist nun noch auf den Umstand aufmerksam zu machen, daß in den **Verhandlungen** erster Lesung über den besonderen Teil der Lehre von den Verbrechen[1]) die Bestimmung des Entwurfs 1894, die den untauglichen Versuch regelte, im Anschluß an die Besprechung des Deliktes der Abtreibung eine kurze Erörterung fand. Cornaz war hierbei der Ansicht, daß der Artikel 14 des Entwurfs über den Versuch mit untauglichem Mittel und am untauglichen Objekt die Frage nicht beantworte, ob auch die Frauensperson strafbar sein soll, welche in der irrtümlichen Meinung, sie sei schwanger, Abtreibungsmittel anwendet. „Er erklärt sich für Verneinung der Frage und wünscht, daß der Fall im Entwurf normiert werde." Stooß gibt zu, daß die Fassung des Artikels 14 bezüglich des Fragefalls zu Zweifeln Anlaß biete, spricht sich aber für Strafbarkeit eines solchen Abtreibungsversuchs aus. Die Kommission wiederum faßte hierauf mit 11 gegen 5 Stimmen den Beschluß, daß „die Frauensperson, die sich irrtümlich für schwanger hält und Abtreibungsmittel anwendet, nicht strafbar" sein solle. Zugleich wurde mit 8 gegen 7 Stimmen festgesetzt, den Fall nicht gemäß Cornaz' soeben geäußertem und Stooß' 1893 ausgesprochenem Wunsch im Gesetz speziell zu normieren,[2]) sondern Art. 14 so zu redigieren, daß durch ihn die Frage als gelöst betrachtet werden könne.

Der entsprechende Artikel (45) des russischen Entwurfs lautet: „Der Versuch gilt als ein Strafmilderungsgrund nach Maßgabe des Art. 53. Der Versuch, den der Schuldige freiwillig aufgegeben, ebenso wie der Versuch, eine verbrecherische Handlung an einem nicht existierenden oder hierfür untauglichen Gegenstande oder mit untauglichen, aus grober Unwissenheit oder rohem Aberglauben des Täters gewählten Mitteln zu begehen, bleibt straflos; ist aber das Verübte an und für sich gesetzlich verboten, so wird der Schuldige dafür zur Verantwortung gezogen." Vgl. Gretener, Russ. Entwurf S. 20.

5) Auch Mercier spricht sich a. a. O. S. 56, 57 kurz über den Entwurf 1894 aus, wesentlich nur bemerkend: „c'est la consécration expresse de la théorie **subjective**". Da er aber im Entwurf 1896 nur formelle Änderungen gegenüber 1894 sieht, so werden wir die bei jenem später zu registrierenden Äußerungen auch auf diesen beziehen müssen.

[1]) Vgl. darüber Verhandlungen Bd. I S. 332.

[2]) Vgl. Stooß' Antrag in Verhandlungen Bd. I S. 98.

Digitized by Google

Daß Stooß diese Kritiken aufmerksam verfolgt und jene Momente, welche seines Erachtens einer Besserung bedurften, auch willig gebessert hat, zeigt uns der **Entwurf 1895,** der die Irrtumsbestimmung in v. Lilienthalschem Sinne derjenigen vom Jahre 1893 möglichst eng angepaßt hat, ohne dabei zweckmäßige Anträge aus der ersten Lesung des allgemeinen Teils zu übergehen. So ist z. B. Gabuzzis damalige Forderung[1]) hier in Wirklichkeit übertragen. Ebenso können die Änderungen in Art. 12, Abs. 2 auf Gretener, die in Art. 14 auf Lilienthal und Groß zurückgeführt werden, deren Forderungen ganz zweifellos im neuen Entwurf Berücksichtigung, wenn auch nicht Erfüllung gefunden haben. Der Beschlußfassung der Kommission bei Beratung des Abtreibungsdelikts ist Stooß jedoch nicht nachgekommen. — Die Veränderungen, sowie die ganze Entwicklung dieser Normen liegen aber in den bezüglichen Artikeln so klar zu Tage, daß durch deren Anführung weitere Worte vermieden werden können. Es lauten nunmehr die Bestimmungen wie folgt:

Art. 12: „Begeht jemand eine als Verbrechen bedrohte Tat in einer irrigen Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse, so ist die Tat zu Gunsten des Täters auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen.

Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden."

Art. 14, § 1, Abs. 2: „Die Strafe kann unbeschränkt gemildert werden, wenn der Täter ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen versucht, mit dem oder an dem es den Umständen nach unmöglich ausgeführt werden kann."

Die eine der hierüber bestehenden **Kritiken** rührt von Lammasch[2]) her, der über „die ausdrückliche Hervorhebung der — wenn auch geminderten — Strafbarkeit im Falle des ungefährlichen Versuchs", welche „im Einklang steht mit den ethischen, das Willensmoment betonenden Anforderungen

---

[1]) Vgl. darüber oben S. 35 und Anm. 1 ebenda.

[2]) Vgl. Lammasch, Der Entwurf S. 129.

Digitized by Google

an das Strafgesetz“ überaus zufrieden ist. Diese Zustimmung ist von dem prinzipiell subjektiven Standpunkt des Schriftstellers aus als ganz selbstverständlich zu bezeichnen und konnte um so mehr erwartet werden, als Lammasch auch bei anderer Gelegenheit nicht zu bemerken versäumt hat, daß die Straflosigkeit des ungefährlichen Versuchs nur der „grauen Theorie“ entsprossen, mit zu jenen Grundsätzen gezählt werden müsse, deren Beseitigung zu den „wichtigsten Aufgaben der Gegenwart auf strafrechtlichem Gebiete“ gehöre.[1])

Noch eine kritische Äußerung zu diesem Entwurf finden wir in einem Artikel „Zu den Verhandlungen der Expertenkommission für Strafrecht“,[2]) in welchem sich Gretener dahin ausspricht, daß die Bestimmung über den Versuch mit untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt es ermögliche, „daß solche Fälle nach wie vor durch die Gerichte der einzelnen Kantone einer verschiedenen Behandlung unterworfen werden“. — Also auch hier Zustimmung und Anfechtung!

Neben dem schon in seinen „Bemerkungen und Anträgen“ gemachten Vorschlag, bei der Irrtumsbestimmung die Fassung des R.Str.G.B. § 59 zum Vorbild zu nehmen, äußert Gretener in den **Verhandlungen**[3]) auch noch den Wunsch, Absatz 1 des 12. Artikels in zwei Sätze geteilt zu sehen, von denen der zweite selbständig sich dahin aussprechen möchte: „Dieser Grundsatz gilt nur zu Gunsten des Täters.“

In der Entgegnung auf diesen Antrag und auch auf Cornaz' Vorschlag, eine dem Neuenburger Str.G.B.[4]) entsprechende Regelung bezüglich der auf Irrtum beruhenden Fahrlässigkeitsdelikte vorzunehmen, machte Stooß darauf aufmerksam, daß gerade deshalb ein neuer Weg eingeschlagen worden sei, weil § 59 R.Str.G.B. „in der deutschen Praxis zu zahlreichen Kontroversen Anlaß gegeben“. Doch konnte er dadurch die Gegner

---

[1]) Vgl. Lammasch, Die Aufgaben der Strafrechtswissenschaft. Z. XV. S. 655.

[2]) Vgl. Gretener in Neue Zürcher Zeitung vom 9. September 1895 No. 250.

[3]) Über das Folgende vgl. Verhandlungen Bd. II S. 382—388.

[4]) Über die verschiedenen vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen vgl. unsere Arbeit oben S. 39 Anm. 3 u. S. 40 Anm. 1.

Digitized by Google

nicht befriedigen. Im Gegenteil! Bärlocher beantragt jetzt Streichung des Absatzes und zwar auch mit der Begründung, daß die Annahme des Artikel 12 die Straflosigkeit der auf Irrtum beruhenden Fahrlässigkeitsdelikte notwendig nach sich ziehen würde. Diesen Antrag zieht er aber auch nach einem Vermittelungsvorschlag Müllers, der dahin ging, „vorsätzlich" vor dem Worte „jemand" einzufügen, nicht zurück. Denn selbst bei Annahme von Müllers Vorschlag bestehe die Gefahr, daß der Richter das Alinea durch extensive Interpretation auch auf Fahrlässigkeitsdelikte beziehe, bei einer Auffassung im Sinne Müllers aber könne eine Berechtigung der vorgeschlagenen Norm neben Art. 11 nicht anerkannt werden.[1]) Mit dem Rückgriff auf die entsprechende Bestimmung des Entwurfs 1894 könnte sich hingegen Bärlocher eher einverstanden erklären.

Da nunmehr dessen Ansicht in Correvon und Meyer von Schauensee noch Sukkurs erhält, stehen in diesem Spezialpunkte sämtliche Redner der Kommission im Gegensatz zum Redaktor, und offenbar dadurch bewogen, erklärt sich Stooß unter Zurückweisung des einfachen Streichungsantrages bereit, klar zum Ausdruck zu bringen, daß Art. 12, Abs. 1 nur auf vorsätzliche Verbrechen sich beziehe.

Ein schließlich von Zürcher unter der Begründung, daß sonst „alle Versuchs- und zum Teil auch die Gefährdungsdelikte aus der Welt" geschafft würden, auf Streichung der Worte „zu Gunsten des Täters" gestelltes Amendement wurde alsbald von Gretener aus dem Grunde zurückgewiesen, weil dadurch die Bestimmung des Jahres 1893 wieder aufgerichtet worden wäre. Es fand denn auch, wie die übrigen im Verlaufe der Verhandlungen gestellten Anträge: Gretener, Cornaz, Bärlocher vor der Gesamtkommission keine Gnade, welche nach Verwerfung all dieser Vorschläge Art. 12, Abs. 1 in der Entwurfsfassung annahm. Diese Zustimmung zum Entwurf

---

[1]) Der bez. Art. 11, Abs. 2 lautet: „Vorsätzlich handelt, wer eine als Verbrechen bedrohte Tat mit Wissen und Willen begeht". Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 377.

Digitized by Google

ist jedoch wohl lediglich darauf zurückzuführen, daß sich Stooß vorher zu einer Erläuterung in Bezug auf den Umfang des Artikels bereit erklärt hatte.

Ebenso wurde Art. 12, Abs. 2, nachdem er von seiten Greteners wegen seiner zweifelhaften Stellung in den Fällen mangelnden Bewußtseins der Rechswidrigkeit und irrtümlicher Annahme einer Spezialbefugnis angegriffen worden war, von der Kommission unverändert angenommen, obschon Bärlocher dessen Streichung, Cornaz die Einführung fakultativer Straflosigkeit als Zugeständnis an Gretener beantragt hatten. —

Die Sorge, daß der Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren bestraft werden könnte, ist wohl als das Hauptmotiv zu betrachten, weshalb Cornaz in den Verhandlungen[1]) eine eigene, vom Entwurf abweichende Fassung für den untauglichen Versuch vorgeschlagen hat.[2])

Schon verschiedene Male hatte gerade der oben genannte Deliktstatbestand die Kommission beschäftigt und bei Beratung des besonderen Teiles des Entwurfes 1894[3]) war — wie wir schon hervorgehoben[4]) — der Beschluß gefaßt worden, den Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren straflos zu lassen.

Außerdem sollte dieser Fall nicht gemäß Stooß' und Cornaz' Wunsch im Gesetz speziell normiert werden,[5]) sondern Art. 14 sollte eine solche Redaktion erhalten, daß dadurch die Frage als gelöst betrachtet werden könne.

Daß dies nicht geschehen, gibt nun einerseits Cornaz die Möglichkeit, selbst eine neue Fassung vorzuschlagen, andererseits Gretener Gelegenheit, im Hinblick auf sonst mögliche richterliche Willkür auf Einführung einer Normierung zu dringen,

---

[1]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 397—400.

[2]) Der Antrag Cornaz lautet: „N'est pas punissable celui qui tente de commettre un délit impossible, soit parce que les moyens qu'il emploie sont inoffensifs, soit parce qu'il est dirigé contre des personnes ou des choses imaginaires".

[3]) Vgl. darüber Verhandlungen Bd. I S. 332.

[4]) Vgl. oben S. 41.

[5]) Vgl. Stooß' Antrag in Verhandlungen Bd. I S. 98 u. unsere Arbeit S. 41.

Digitized by Google

welche ungefähr derjenigen des russischen St.G.B.s entspricht.[1])

Im Gegensatz zu Obigen verteidigen aber Stooß, Correvon und Zürcher die Fassung des Entwurfes. Stooß erklärt sich für die Strafbarkeit im Falle des Abtreibungsversuches einer Nichtschwangeren, möchte aber immer noch dessen Regelung in den besonderen Theil verweisen. Dem in der ersten Lesung ausgesprochenen Wunsch der Kommission ist er nur deshalb nicht nachgekommen, weil ihm die Ausführung desselben „unmöglich" scheine.

Dieser Betonung seiner persönlichen Ansicht von seiten Stooß' und den Ausführungen der in der Frage des untauglichen Versuchs auf subjektivem Standpunkt stehenden Herren Correvon[2]) und Zürcher[3]) scheint der nun ergehende Beschluß der Gesamtkomission zu verdanken zu sein. Diese hob nämlich in der Abstimmung die früher schon besprochene Resolution von 1894 dadurch auf, daß sie sich mit Mehrheit für die Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs einer Nichtschwangeren aussprach.

Es ist daher nur folgegemäß, daß unter Zurückweisung aller übrigen gestellten Anträge bezüglich der Regelung des untauglichen Versuchs die Entwurfsfassung bei der Abstimmung den Sieg errang.

---

[1]) Vgl. oben S. 40 Anm. 4.

[2]) Correvon spricht sich dahin aus: „Die Abortivmittel sind im allgemeinen für Leib und Gesundheit der sie anwendenden Frauensperson so gefährlich, daß es angezeigt erscheint, ihren Gebrauch schlechthin zu verhindern". Verhandlungen Bd. II S. 399.

[3]) Zürchers weitgehende Ansicht zeigen folgende Sätze: „Das Bedenken, die Bestrafung eines jeden Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln gehe zu weit, löst sich übrigens durch die Beweisfrage; wenn einer ein ganz einfältiges Mittel anwendet, so wird eben der Dolus nicht nachgewiesen werden können. Den Versuch am untauglichen Objekt betreffend, ist nicht einzusehen, warum einer, der auf einen Baumstrunk schießt in der Meinung, es sei ein Mensch, straflos bleiben soll, während ein anderer, der auf einen Menschen zielt und einen Baum trifft, wegen Mordversuchs bestraft wird." Verhandlungen Bd. II S. 399.

Digitized by Google

c) Entwurf vom März 1896.

Wir nahmen an, daß die Kommission dem Art. 12, Abs. 1 des letzten Entwurfs nur darum zugestimmt hätte, weil sich Stooß bereit erklärte, einen Zusatz beizufügen, der deutlich ausdrücken sollte, daß die Bestimmung sich nur auf vorsätzliche Verbrechen beziehe. Dieser Zusatz fehlt nun auffallenderweise beim Entwurf 96. Entweder ist nun unsere obige Annahme unrichtig, und dann würden wir allerdings die Abstimmung der Kommission in zweiter Lesung etwas eigentümlich finden, oder dies Gleichbleiben beruht lediglich auf Stooß' persönlicher Initiative. Nehmen wir die unbeschränkte Zustimmung der Kommission an, so entspricht es vollkommen den zu hegenden Erwartungen, wenn nach der letzten Abstimmung der **Kommissionalentwurf** keine sachliche Abweichung vom Entwurf 1895 aufweist, sondern einfach die in allen Punkten approbierten Bestimmungen mit nur formellen Änderungen im Satzbau unter Berücksichtigung des in zweiter Lesung von Gretener zur Irrtumsbestimmung gestellten Antrages wiederholt. Und auch diese Normierungen:

Art. 15, Abs. 1: „Begeht jemand eine als Verbrechen bedrohte Tat in einer irrigen Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse, so beurteilt der Richter die Tat auf Grund dieser Vorstellung. Zu Ungunsten des Täters findet diese Bestimmung keine Anwendung."

Abs. 2: „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden."

Art. 17, § 1, Abs. 2: „Der Richter mildert die Strafe nach freiem Ermessen, wenn der Täter ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen versucht, mit dem oder an dem es den Umständen nach unmöglich ausgeführt werden kann"; — auch diese Bestimmungen haben ihre Verteidiger und ihre Gegner in der **Kritik** gefunden.

Lucchinis[1]) Zustimmung zur Regelung des untauglichen

[1]) Vgl. Lucchini a. a. O. S. 10.

Digitized by Google

Versuchs steht die etwas skeptische Beurteilung desselben Autors bezüglich des Art. 15, Abs. 2 gegenüber, in der er jene Norm „astrattamente plausibilissima, ma praticamente piutosto pericolosa“ nennt.

Rolins[1]) Urtheil: „L'article 15 détermine avec exactitude et précision les conséquences de l'erreur de fait“ verhindert diesen wiederum nicht, eine bessere Normierung des Rechtsirrtums zu verlangen. Nicht daß er etwa gemäß der Entwurfsfassung, der Schlußfolgerung: „l'erreur de droit ne justifie jamais“ Vorschub leisten möchte, doch fehlt ihm, um jeden Zweifel zu beheben, bei Art. 15 ein Zusatz, der die Strafbarkeit des Civilrechtsirrtums einschränken würde. Die ihm am Herzen liegende Einschränkung wäre aber dann gegeben, wenn die Worte: „même lorsque l'erreur de fait est la conséquence d'une erreur de droit civil“ beigefügt würden, wenn also Straflosigkeit auch in jenem Falle eintreten würde, in dem der Tatirrtum auf einem Civilrechtsirrtum basiert. Außerdem stimmt aber Rolin noch mit Gretener darin überein, daß eine Einschränkung, wie sie im R.Str.G.B. § 59, Abs. 2 enthalten ist, nur nützlich gewesen wäre; beim untauglichen Versuch wiederum hätte er eine Definition resp. eine kasuistische Fassung der Materie gern gesehen.[2])

Die durch Darlegung seines Standpunktes in seiner oft citierten Schrift[3]) näher begründete Ansicht Oetkers[4]) sieht in der Bestimmung des Entwurfs über den sogenannten untauglichen Versuch eine Vorschrift, welche Fälle vereinigt, „die der verschiedensten rechtlichen Beurteilung unterliegen (straflose, vollstrafbare, minderstrafbare Fälle)“ und findet es angebracht, deren Streichung „dringend anzuraten“. Außerdem hält Oetker eine Begriffsbestimmung „des in Wahrheit untauglichen Versuchs“ nur dann für möglich, „wenn der Versuch selbst im Gesetz definiert würde“. Als Strafe für diesen Versuchstypus

[1]) Vgl. Rolin a. a. O. S. 38.

[2]) Vgl. Rolin a. a. O. S. 45. Nur in diesem Sinne können wir dessen Bemerkung loc. cit. auslegen.

[3]) Oetker, Der Versuch und die schweiz. Strafgesetzentwürfe. Z. XVII.

[4]) Vgl. Oetker, Der Versuch S. 63, 64.

Digitized by Google

Verweis und Friedensbürgschaft anempfehlend, sieht er die Voraussetzung der Strafmilderung dann als gegeben an, „wenn die aufgewandte Tätigkeit auch bei vollem Abschlusse nach richterlichem Ermessen als ganz ungefährlich erscheinen würde."

Neuestens hat sich denn auch noch Mercier[1]) ziemlich eingehend über die Regelung des untauglichen Versuchs im Entwurf 1896 ausgesprochen, wobei er seine Ansicht in dem Urteil zusammenfaßt: „Cette rédaction extrêmement large, cette formule évasive, cette complète latitude laisée au juge ressemblent étrangement à un aveu d'impuissance." Die Frage, ob sich die Bestimmung über untauglichen Versuch nach dem französischen Text[2]) nur auf die „tentative inachevée" oder auch auf das délit manqué beziehe, ist allerdings bei dem Gebrauche der Wendung „lorsque l'auteur aura **tenté**" im § 1, Abs. 2 des Artikels nicht überflüssig, wird aber von Mercier selbst dahin beantwortet: „D'autre part, il est vrai, la place de cet alinéa semble signifier qu'il s'applique à l'ensemble du Ier alinéa, et nous supposons, d'après le texte allemand, que c'est bien dans ce dernier sens qu'il faut l'interpréter. Mais enfin il peut y avoir discussion."

* * *

Diese Diskussion werden wir denn auch mit Bezug auf die Versuchsbestimmungen des Entwurfs 1896 im III. Teil, wo unsere eigenen kritischen Bemerkungen einen Platz finden sollen, fortsetzen. Zunächst soll aber der II. Teil die Doktrin etwas schärfer ins Auge fassen, denn eine rein auf Tatsachen beruhende historische Darstellung eines bestimmten Gesetzes kann weder diese noch die Dogmengeschichte eingehend behandeln, will sie sich der Beimengung kritischer Bemerkungen seitens des Verfassers enthalten.

---

[1]) Vgl. Mercier a. a. O. S. 57 und 58.

[2]) Die Bestimmung über untauglichen Versuch lautet dem französischen Texte nach wie folgt: Art. 17, § 1, Abs. 2:

„Le juge atténuera librement la peine (Art. 40, § 2) lorsque l'auteur aura tenté de commettre un délit par un **moyen** ou contre un **objet** de telle **nature**, que la réalisation du délit n'était pas possible en pareilles circonstances."

Digitized by Google

Daß eine Einigung der Kritiker selbst bezüglich des Kommissionalentwurfes nicht festzustellen war, ist nicht von vornherein als Nachteil anzusehen, liegt doch in dem Unterschiede der Ansichten die treibende Kraft, welche allein den Fortschritt und die Besserung auch auf diesem Gebiete bedingt.

§ 5. Anhang.

Übersicht der Regelungen des „Versuchs" in den verschiedenen Entwürfen zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.

I. Begriff des Versuches, Bestimmung über die Vorbereitungshandlungen.

E. 93, Juni. Art. 16, Satz 1: „Wer ein Verbrechen nur teilweise ausführt, ist wegen Versuches milder zu bestrafen; . . ."

E. 93, Aug. Art. 15, Abs. 1: „Der Versuch wird milder bestraft (Art. 38)."

Art. 15, Abs. 3: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos."

E. 94, Aug. Art. 14, Abs. 1: „Der Versuch eines Verbrechens wird milder bestraft (Art. 37)."

E. 95. Art. 14, § 1, Abs. 1: „Der Versuch eines Verbrechens wird milder bestraft (Art. 38, § 1)."

Art. 14, § 1, Abs. 3: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos."

Amendement zu E. 95: als Art. 14, § 1, Abs. 1, Satz 1: „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft, wenn er den Versuch nicht zu Ende führt; . . . ."

E. 96, März. Art. 17, § 1, Abs. 1, Satz 1: „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft (Art. 40, § 1); . . ."

Art. 17, § 1, Abs. 3: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos."

II. Das fehlgeschlagene Verbrechen.

E. 93, Juni und Aug.: — — — — —

E. 94, Aug. Art. 14, Abs. 2: „Führt der Täter das Verbrechen ohne Erfolg aus, so kann er milder bestraft werden (Art. 37)."

E. 95.: — — — — —

Amendement zu E. 95: als Art. 14, § 1, Abs. 1, Satz 2: „. . .;

Digitized by Google

er kann milder bestraft werden, wenn er den Versuch zu Ende führt, aber ohne Erfolg."

E. 96, März. Art. 17, § 1, Abs. 1, Satz 2: „ . . . . . ; er kann milder bestraft werden, wenn er den Versuch zu Ende führt, aber ohne Erfolg."

III. Der Rücktritt vom Versuch.

E. 93, Juni. Art. 16, Satz 2: „ . . . . . ; ist er aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen abgestanden, so bleibt er straflos."

E. 93, Aug. Art. 15, Abs. 2: „Ist der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen abgestanden, so wird er straflos."

E. 94, Aug. Art. 14, Abs. 3: „Steht der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen ab, so wird er von Strafe befreit."

E. 95. Art. 14, § 2: „Steht der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen ab, so wird er von Strafe befreit."

E. 96, März. Art. 17, § 2: „Steht der Täter aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen ab, so wird er von der Strafe, die auf dieses Verbrechen angedroht ist, befreit."

IV. Der untaugliche Versuch. (Irrtumsbestimmung.)

E. 93, Juni. Art. 14: „War der Täter, als er handelte, in einer irrigen Vorstellung über wesentliche Verumständungen befangen, so ist sein Handeln auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen."

E. 93, Aug. Art. 14: „War der Täter, als er handelte, in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt befangen, so ist sein widerrechtliches Handeln auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen."

E. 94, Aug. Art. 12, Abs. 1: „Irrt der Täter über eine Tatsache, so wird sie ihm nicht zum Vorsatz zugerechnet."

Art. 12, Abs. 2: „Handelt der Täter in dem Glauben, er mache sich keines Verbrechens schuldig, so kann er milder bestraft werden. (Art. 37)."

Art. 14, Abs. 5: „Versucht jemand ein Verbrechen aus Versehen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen, mit dem oder an dem es unmöglich begangen werden kann, so mildert der Richter die Strafe unbeschränkt (Art. 37 a. E.)."

Digitized by Google

E. 95. Art. 12, Abs. 1: „Begeht jemand eine als Verbrechen bedrohte Tat in einer irrigen Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse, so ist die Tat zu Gunsten des Täters auf Grund dieser Vorstellung zu beurteilen."

Art. 12, Abs. 2: „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden (Art. 38, § 1)."

Art. 14, § 1, Abs. 2: „Die Strafe kann unbeschränkt gemildert werden, wenn der Täter ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen versucht, mit dem oder an dem es den Umständen nach unmöglich ausgeführt werden kann."

E. 96, März. Art. 15, Abs. 1: „Begeht jemand eine als Verbrechen bedrohte Tat in einer irrigen Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse, so beurteilt der Richter die Tat auf Grund dieser Vorstellung. Zu Ungunsten des Täters findet diese Bestimmung keine Anwendung."

Art. 15, Abs. 2: „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden (Art. 40, § 1)."

Art. 17, § 1, Abs. 2: „Der Richter mildert die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 40, § 2), wenn der Täter ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen versucht, mit dem oder an dem es den Umständen nach unmöglich ausgeführt werden kann."

Digitized by Google

Zweiter Teil.

Die verschiedenen Theorien.

I. Kapitel.

Objektive Theorien.

§ 1. Betrachtung der Zeit vor dem Auftauchen der Kontroverse über den untauglichen Versuch.

I. Vor Feuerbach bestand eine eigentliche Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs noch nicht; erst des letzteren Auftreten brachte eine Streitfrage zu allgemeiner Geltung, welche seit der Römer Zeiten im Einzelfall erörtert und entschieden worden war, erst Feuerbachs Geist entwickelte diese zu einer Kontroverse in technischem Sinn.

War uns hierdurch auch nahe gelegt worden, unsere theoretischen Erörterungen mit der Lehre Feuerbachs zu beginnen, so mag der Umstand, daß erst ein Blick auf die früheren Zustände die richtige Würdigung des Fortschrittes ermöglicht, welcher sich an die Person jenes großen Kriminalisten knüpft, die kurze Erörterung einiger weniger Entscheidungen aus der Zeit vor diesem rechtfertigen. —

Kannte **Rom** auch keinen einheitlichen Versuchsbegriff, war im römischen Recht auch eine Kontroverse über die Behandlung des untauglichen Versuchs noch nicht aufgetaucht, so kann doch immerhin, wie schon bemerkt, die Erörterung und Entscheidung der Streitfrage im Einzelfall kaum angezweifelt werden.[1]) Auffallend ist es aber, daß der große Zeitraum bis

[1]) In Bezug auf röm. Recht vgl. Zachariae a. a. O. I S. 253; Rubo, G.S.

Digitized by Google

zur Entstehung der **Constitutio Criminalis Caroli V.** nur eine relativ kleine Änderung hervorgebracht hat. Allerdings ist es zweifellos, daß der allgemeine Teil des Strafrechts zur Zeit der Carolina durch die Aufstellung eines allgemeinen Versuchsbegriffes bereichert worden war,[1]) doch ist auch hier immer noch eine Kontroverse über die Behandlung des untauglichen Versuchs, d. h. eine auf das Strafrecht im ganzen sich beziehende Ausdehnung der Streitfrage unbekannt. Hat auch Zachariae aus dem bezüglich seiner Auslegung in objektivem oder subjektivem Sinne schon bestrittenen Art. 178[2]) die Straflosigkeit des sog. absolut untauglichen Versuchs herauszulesen vermocht,[3]) so muß doch bei Betrachtung von **Böhmers** Schriften[4]) daran festgehalten werden, daß sowohl Gesetzgebung

1865 XVII. S. 2ff. und die daselbst in Anm. 2 u. 3 Zitierten; Meyer, Lehrbuch S. 211 Anm. 41; v. Liszt, Lehrbuch S. 188; Lammasch, Moment obj. Gef. S. 1 Anm. 2. Bezüglich des Begriffes vgl. auch Mommsen, römisches Strafrecht S. 95, 97; Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 461.

[1]) Auf die Frage, ob bei allen Delikten ein Versuch möglich sei, kann hier ebensowenig eingegangen werden, wie auf jene, ob gemeinrechtlich der Versuch jeder strafbaren Handlung durch den Art. 178 der P.G.O. für strafbar erklärt sei, ob also der Versuchsbegriff auch in diesen Fragen „allgemein" gilt. Darüber und über den engen Zusammenhang dieser Momente vgl. Zachariae a. a. O. S. 174 § 95.

[2]) Der Text wird in der Ausgabe der P.G.O. von Kohler und Scheel, Halle 1900, angegeben wie folgt:

„Straff **vnnderstandner Missetatt.**

Jtem so sich jemand einer Missenthat mit etlichen scheinlichenn wercken, die zu volbringung der Missethat diennstlichen sein mögen, vndersteet vnnd doch ann Volbringung derselben missethat durch anndere mittell wider seinen willen verhindert wurde: sollicher boser will, daruss ettliche werck, alls obsteet, vollgen, Jst peinlich zu straffenn, Aber jnn einem fall harrtter dann jn dem andern, Angesehen gelegenheit vnnd gestallt der sachen: Darumb sollen, sollicher straff halber, die vrteiller, wie hernach steet, Raths pflegen, Wie die ann leib oder lebenn zu thun geburt."

[3]) Vgl. hierüber und über weitere Streitfragen: Zachariae a. a. O. I § 136; Baumgarten a. a. O. S. 239ff.; Stiegele a. a. O. S. 27 und die daselbst Zitierten; Mittermaier, Beiträge S. 191; denselben in G.S. 1859 S. 404 und die dort Zitierten, ebenso S. 417ff.; Rubo in G.S. 1865 Bd. XVII S. 9ff.

[4]) Wenn wir hierbei und im folgenden die C.C.C. und Böhmer auf eine

Digitized by Google

als Doktrin vor Feuerbach die Streitfrage in allgemeiner Fassung, als Kontroverse noch nicht ins Auge gefaßt, daß im Gegenteil immer noch lediglich im Einzelfall eine Entscheidung stattgefunden hatte, mögen auch damals gesetzlich fest bestimmte Einzelfälle als strafbar in Betracht gekommen sein, wie z. B. Vergiftung, Abtreibung u. a.

Einzelne oft zitierte Stellen aus Böhmers Hauptwerken werden aber außerdem das Fehlen eines einheitlichen Gesichtspunktes auch bei der Betrachtung solcher „Einzelfälle" beweisen, werden zeigen, daß, während der animus einerseits zur Strafbarkeit nicht genügt, „si media usurpata ad nocendum inepta", andererseits gerade dieser animus allein, ohne Rücksicht auf die Tauglichkeit der Mittel zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs führt.

An einer Stelle [1]) heißt es: „Plane putativum veneficium vere tale non est; si opinio propinantem fefellit, et materia, quam quis pro noxia porrexit, vere non nocuerit, cuiusmodi casum de argento vivo alteri animo nocendi dato, respondisse Jenenses, testatur THEOD. C. VII. aph. VI. N. XV. Nam animus ad homicidium parum sufficit, si media usurpata ad nocendum inepta, quanto magis a veneficio alienus erit, ubi venenum intercessisse, non liquet."

Dieser einen Stelle stehen nun zwei entgegengesetzten Sinnes gegenüber. In der ersten sieht Böhmer „oblationem materiae, quam quis perperam venenosam putavit, et sic animo nocendi porrexit" [2]) als einen versuchten Giftmord an; in der zweiten hingegen bespricht er einen anderen damals schon bekannten Fall strafbaren untauglichen Versuchs, den Abtreibungs-

---

Stufe stellen, so übersehen wir nicht die historische Zeitdifferenz. Wir glauben aber um so mehr zu dieser Gleichstellung berechtigt zu sein, als Böhmers Schriften sich zum Teil unmittelbar auf jene beziehen und die Carolina doch damals noch subsidiäre Geltung hatte. Vgl. Böhmer J.S.F., Elementa Sect. II Cap. I § XIX S. 236.

[1]) Böhmer J.S.F., Meditationes Art. CXXX § I a. E. S. 543. Vgl. dazu Lammasch, Moment obj. Gef. S. 2 Anm.; Zachariae a. a. O. I S. 235.

[2]) Vgl. Böhmer J.S.F., Meditationes Art. CXXX § III S. 544; dazu Zachariae a. a. O. S. 235.

Digitized by Google

versuch, und entscheidet diesen dahin, daß schon derjenige, welcher „propulsionem tentavit", also „impium animum factis externis in hunc finem studio applicatis probavit, ex regulis conatus aestimatur". [1]) In beiden Fällen ist also die Strafbarkeit einmal des gleichen, dann eines anderen Deliktes, als im oben betrachteten Tatbestand von der Tauglichkeit des Mittels absehend, lediglich auf Grund des bösen Willens ausgesprochen.

Hierin dürfen wir aber auch eine Bestätigung unseres oben gegen Zachariaes Ansicht gemachten Einwandes sehen. Im ersten von diesen drei Fällen könnte man ja allerdings annehmen, daß Böhmer unter den „media inepta" relativ untaugliche Mittel meint. Ist dies aber bei den soeben besprochenen Entscheidungen, wo nur auf den Willen verwiesen wird, noch möglich? Hätte Böhmer jemals die spätere Unterscheidung in relative und absolute Untauglichkeit geahnt, so könnte hier doch nur der absolut untaugliche Versuch in Betracht kommen und wäre hiermit dessen Strafbarkeit im Einzelfall ausgesprochen.

II. Dadurch ist die aufgestellte Behauptung eigentlich schon bewiesen. Immerhin wird auch eine vierte Äußerung Böhmers des Interesses nicht entbehren, da sie uns ermöglicht, einen Blick auf das Versuchsgebiet im weiteren Sinne zu werfen, vielleicht sogar einen Fall untauglichen Versuchs enthält.

„Quumque porro per materiam venenosam, alicui quis nocere debeat: sequitur, ut . . . . 11.) non sola venena mineralia huc trahenda sint, verum etiam alia media sympathetica, gravem laesionem procurantia, vid. B. IACOB. BRVNN. von der zauberey cap. IV. § VIII. 12. si venenum propter antidotum nil nocuerit saltim extraordinaria poena dictanda sit; WERNH. P. X. obs. CCCCXLIV." [2])

Einzelne Erläuterungen hierzu werden nicht überflüssig sein.

Die durch „media sympathetica" versuchte Verletzung stellt für die Zeit, die wir hier betrachten, einen Fall, in dem

[1]) Vgl. Böhmer J.S.F., Meditationes Art. CXXXIII § IV S. 620 und Lammasch, Moment obj. Gef. S. 2 Anm.

[2]) Vgl. Böhmer J.S.F., Elementa Sect. II Cap. XX § CCXXXVI S. 389 und 390 a. E.

Digitized by Google

die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ausgesprochen wäre, **nicht** dar. Im Gegenteil ist in dieser Strafbarkeit nichts außergewöhnliches zu sehen, da ja damals noch ein selbständiges Verbrechen der Zauberei bekannt war, welches von der Carolina auch verschiedentlich erwähnt wird.[1])

So kann denn nur noch der Tatbestand: „si venenum propter antidotum nil nocuerit" den vermuteten Fall des untauglichen Versuchs enthalten. Um diese Vermutung aber allenfalls bestätigen zu können, müssen wir etwas weiter ausholen.

Unbekannt bleibt uns bei Betrachtung des obigen Tatbestandes der Umstand, ob das Gegengift schon vor dem Vergiftungsversuch im Körper des zu Verletzenden gegeben gewesen (Hypothese 1) oder ob es erst nachher eingenommen worden (Hypothese 2). Und würde das letztere zutreffen, so müßte außerdem noch berücksichtigt werden, ob das Einnehmen des Antidotums auf tätiger Reue basiert (Hypothese 2 a) oder nicht (Hypothese 2 b).

Welcher Fall liegt nun in Böhmers Stelle vor?

Heute, zu einer Zeit, da kaum ein Kriminalist die Wahrheit des Satzes bestreiten dürfte, daß fehlgeschlagenes Verbrechen und untauglicher Versuch meistens zusammenfallen, da von einer großen Zahl von Juristen eingesehen worden, daß jeder Versuch nur ein „untauglicher" sein kann, heute würden wohl jene beiden Fälle (Hypothese 1 u. 2) gleich entschieden werden, man würde — es läge denn eben tätige Reue (Hypothese 2 a) vor — von fehlgeschlagenem Verbrechen und zugleich von untauglichem Versuch i. w. S. sprechen.

Die Juristen früherer Jahrhunderte hingegen hätten wohl anders entschieden. Das Vorliegen eines délit manqué im heutigen Sinne, eines delictum perfectum[2]) nach Böhmers Lehre hätten sie sicherlich zugegeben. Der Täter hat ja getan

---

[1]) Vgl. z. B. Böhmer, Elementa Sect. II Cap. IV S. 262 ff., wo er über das „crimen magiae vel sortilegii" schreibt. Außerdem vgl. C.C.C. Art. XXI, XLIV, LII, **CIX.**

[2]) Über diesen Begriff vgl. näheres bei Goldschmidt a. a. O. S. 3 ff. und Mercier a. a. O. S. 40 ff. Der Unterschied zwischen délit manqué und beendigtem Versuch war zu Böhmers Zeit unbekannt.

Digitized by Google

„quantum in ipso fuit et ad consummandum delictum necessarium putavit."[1]) Der Vorschrift: „qui, quantum in se fuit delictum perfecit, ab ordinaria poena in atrocioribus delictis non liberetur"[2]) scheint aber allerdings entnommen werden zu müssen, daß Böhmers Tatbestand ein delictum perfectum nicht darstellen kann. Böhmer verlangt in der angeführten Stelle ausdrücklich die poena extraordinaria;[3]) die Vergiftung wiederum stellt ja ein delictum atrocius dar! —

Hätte nun Böhmer in späterer Zeit gelebt, so hätte vermutet werden können, daß er nur von der Tauglichkeitsfrage ausgegangen, daß bei der Erwägung des oben angeführten Falles die Frage der Entwicklung der Handlung (im natürlichen Sinne) ganz im Hintergrund geblieben sei. Dieser Umstand wäre, mit dem oben Gesagten verglichen, lediglich als die Betrachtung des einmal vorliegenden Falles von einer andern, von der andern etwa noch möglichen Seite aus aufzufassen. Und hätte demgemäß Böhmer im angegebenen Tatbestand den untauglichen Versuch an und für sich beachtet, wer will bestreiten, daß dann die poena extraordinaria am Platze gewesen wäre?

Die eben Böhmer unterstellte Betrachtungsweise, die daraus sich ergebenden Folgerungen scheinen aber für seine Zeit kaum annehmbar zu sein. Sollte er wirklich das delictum perfectum vollkommen ignoriert, mit keinem Worte erwähnt haben?

---

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 182; Klee a. a. O. S. 51.

[2]) Vgl. Böhmer J.S.F., Elementa Sect. II Cap. I § XXIV S. 242. vgl. neuerdings hierzu: Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 466.

[3]) Über die Begriffe poena ordinaria und extraordinaria scheint nicht eine einheitliche Auffassung zu herrschen. Vgl. einerseits: Temme, Lehrbuch d. gem. deutschen Strafrechts, Stuttgart 1876 S. 158, 159; Holtzendorff, Rechtslexikon S. 810 unter „Strafschärfungsgründe"; Böhmer J.S.F., Meditationes ad art. 178 § 9 S. 854, und desselben Elementa Sect. II Cap. I § XXIV S. 242, aus denen expressis verbis oder auch dem Sinne nach ersichtlich, daß poena ordinaria = Vollendungsstrafe zu nehmen ist; andrerseits: Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts, Rostock und Leipzig 1789, der poena ordinaria auch gleich legitima, poena extraordinaria = arbitraria setzt. Diese letzteren Begriffe sind streng geschieden z. B. bei Böhmer. Vgl. dessen Elementa Sect. II Cap. I § IX S. 229.

Digitized by Google

Sollte gerade das für eine untere Stufe der Betrachtung Nächstliegende keine Erwähnung finden? Dies dürfte wohl verneint werden. Dem Fehlen der Kontroverse überhaupt entspricht der Umstand, daß die Beachtung der Tauglichkeitsfrage [1]) noch nicht in den Vordergrund getreten ist. Damit ist unsere Vermutung hinfällig.

Es ist also nicht annehmbar, daß Böhmer die Wechselbeziehung zwischen untauglichem Versuch und delictum perfectum gekannt und etwa deshalb in dem vorliegenden Ausspruche über das delictum perfectum nichts vom untauglichen Versuch erwähnt habe, weil er die Konsequenzen solcher Zusammenfassung für selbstverständlich hielt. Es darf also auch der unserer Erörterung zu Grunde liegende Tatbestand nicht als untauglicher Versuch aufgefaßt werden und aus analogem Grunde angenommen werden, daß Böhmer mit Bewußtsein das delictum perfectum nicht erwähne.

Heutzutage würden wir ja sicherlich in einem Fall, in welchem delictum perfectum und untauglicher Versuch zusammenfallen, von der legislativ für solche Umstände oft ermöglichten fakultativen Milderung der Strafe Gebrauch machen. Die Vollendungsstrafe würde wohl niemand verhängen. Böhmer erwähnt aber eine solche Möglichkeit der Milderung bei dem delictum perfectum der delicta atrociora nicht. Eine neue Bestätigung der Ansicht, daß er sich — soweit unser Tatbestand den Schluß erlaubt — des Zusammenhanges zwischen délit manqué und untauglichem Versuch nicht bewußt war.

Es darf daher mit Recht daraus, daß beim delictum perfectum (der delicta atrociora) nur von poena ordinaria die Rede ist, [2]) daraus, daß der besprochene Tatbestand nicht genauer spezialisiert ist, trotzdem aber in diesem von poena extraordinaria schlechtweg gesprochen wird (ohne des eventuell beim „untauglichen Versuch“ vorliegenden delictum perfectum zu gedenken), [3]) geschlossen werden, daß Böhmer

---

[1]) Vgl. darüber unten S. 62, 63 u. 71, 72.

[2]) Vgl. das Zitat S. 58, dazu unsere Anmerkung 2 ebda.

[3]) Vgl. oben S. 56, dazu auch unsere Anm. 2 ebda.

Digitized by Google

diese Wechselbeziehungen unbekannt waren. Auch er würde daher wahrscheinlich den Schluß gutheißen: „delictum perfectum und untauglicher Versuch schließen sich aus.“

Mit noch größerer relativer Sicherheit kann aber die Unkenntnis obengenannter Wechselbeziehungen bei Böhmer angenommen werden, wenn wir die Tatsache anziehen, daß diese noch viel später unbekannt waren. So hätten die reinen Objektivisten und solche, welche unter allen Umständen zwischen tauglichem oder gewöhnlichem und untauglichem Versuch im engeren Sinne unterscheiden wollen und dabei übersehen, daß eine Grenzziehung unmöglich ist, eigentlich gleich entscheiden müssen, wie wir es oben für Böhmer angenommen haben. Daß sie in dem Falle, in welchem das Antidotum im Körper von vornherein gegeben war im Gegensatz zu Böhmer die Diagnose tatsächlich auf untauglichen Versuch unter Übersehung des gleichzeitig gegebenen délit manqué gestellt hätten,[1]) ist, wie schon angedeutet, einerseits auf die damals schon bestehende Kontroverse, andrerseits auf das nunmehrige Vorherrschen der Tauglichkeitsfrage in diesem Punkte zurückzuführen. Hier mehr davon zu sagen, wäre nicht am Platze.

Damit wäre die von uns aufgestellte Hypothese 1 als unwahrscheinlich zurückgewiesen, zugleich aber, durch unsere Darlegung der Ansicht Böhmers über die zu verhängende Strafe beim delictum perfectum der delicta atrociora, auch die Hypothese 2b; denn daß in jenem Falle, in welchem das Antidotum, von irgend einem andern als dem Täter eingegeben, den Erfolgseintritt verhindert, delictum perfectum festzustellen ist, wird niemand bestreiten. Die Annahme eines solchen im vorliegenden Fall wird aber durch das Postulat Böhmers auf poena extraordinaria als falsch zurückgewiesen.

Kann nun tätige Reue vorliegen? (Hypothese 2a.) — In Beziehung auf die Statuierung der poena ordinaria beim delictum perfectum der delicta atrociora stimmten wir mit Böhmers Interpretation der Carolina vollkommen überein. Die Worte des Art. 178 „an Leib oder Leben“ berechtigen zu der Böhmer-

[1]) Vgl. das eben S. 59, 60 bezüglich Böhmers Gesagte.

Digitized by Google

schen Annahme und beweisen zum mindesten „facinum tentatum aliquando extremo supplicio expiandum esse“.[1]) Hier aber werden die Worte „wider seinen Willen verhindert“,[2]) die doch für jene Fälle die Strafbarkeit aufheben, in denen der Nichteintritt des Erfolges auf dem Willen des Täters beruht — diese Worte werden nicht ihrer wirklichen Bedeutung gemäß in Rücksicht gezogen. Böhmer will nämlich beim Rücktritt i. w. S. nur Strafmilderung annehmen.[3]) Dies jedoch scheint uns ungerechtfertigt.

Darf nun aber aus der Statuierung der poena extraordinaria in Verbindung mit Böhmers Rücktrittslehre, die nur Strafmilderung postuliert, im konkreten Fall das Vorliegen tätiger Reue angenommen werden? — An diesem Punkte ist auf den Begriff des delictum perfectum wieder zurückzukommen. Es ist klar, daß eine Handlung, die bis zu ihrer „natürlichen“ Endigung, also strafrechtlich bis in das Stadium des delictum perfectum gediehen ist, durch Rücktritt i. w. S. nicht in ein Stadium des nicht beendigten Versuchs versetzt werden kann. Damit aber entfällt die Möglichkeit weiterer Folgerungen. Daß delictum perfectum nicht vorliegen kann, haben wir schon festgestellt. Wir müssen uns daher versagen, Böhmers Tatbestand in einer genaueren Weise zu analysieren. — Von Interesse mag aber noch der Umstand sein, daß Böhmer verlangt, die Strafe solle von Fall zu Fall festgesetzt werden. Dieser Umstand weist nämlich darauf hin, daß schon zu jener Zeit die Möglichkeit der Individualisierung der Strafe als beachtenswertes Moment anerkannt wurde.

Schon oben hoben wir hervor, daß uns nach der Carolina die Straflosigkeit der Handlung beim Rücktritt als richtig erscheinen würde. Wird aber durch eine entsprechende An-

---

[1]) Böhmer J.S.F., Meditationes ad Art. CLXXVIII § IX S. 854; vgl. auch Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 467.

[2]) Vgl. dazu den Art. 178 C.C.C. in unsrer Anm. 2 S. 54.

[3]) Vgl. dazu Böhmer J.S.F., Meditationes ad Art. CLXXVIII § XIII S. 858; Böhmer, Observationes selectae ad Carpzov. 9. 2 Obs. 4 p. 9ff.; überdies Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts 1789 S. 194, 217; v. Liszt, Lehrbuch S. 192.

Digitized by Google

nahme etwas in den Folgerungen geändert? Keinesfalls. Auch für die Anhänger der Straflosigkeit bleibt das Endergebnis dasselbe. Allerdings könnten diese im vorliegenden Fall, in welchem von poena extraordinaria die Rede ist, ihrer Lehre gemäß von tätiger Reue schon prima facie nicht sprechen. Sie würden aber auch in den übrigen Punkten zu genau den gleichen Konsequenzen gelangen müssen, wie Böhmer, es wäre denn, daß sie in irgend einer der Prämissen, sei es beim delictum perfectum der delicta atrociora, sei es bei dem diesen Erörterungen zu grunde liegenden Tatbestand einen andern Standpunkt einnähmen.

Würde aber endlich in der Endentscheidung dann eine Abweichung festzustellen, würde dann etwa mit Sicherheit die Annahme eines untauglichen Versuchs in unserer Stelle möglich sein, wenn Böhmer gesagt hätte: „si venenum propter antidotum nil nocuerit nulla poena dictanda est“? Würde dann, wenn wir Böhmer diese Ansicht unterschieben, das Urteil dahin lauten können, daß er casu concreto unsere erste Hypothese im Auge gehabt und gerade in dieser den Fall des untauglichen Versuchs erblickt habe? Es leuchtet ein, daß nach dem schon oben Gesagten diese Frage ohne weitere Diskussion zu verneinen ist.

Fassen wir schließlich aus unseren Erörterungen das Facit zusammen, so wäre folgendes zu merken. In dem von uns betrachteten konkreten Fall ist für Böhmer und seine Zeit lediglich feststellbar, daß sie nicht den untauglichen Versuch im Auge hatten. Etwas Genaueres zu sagen, ist nicht möglich.

Man mag sich allerdings wundern, wie so ein Mann wie Böhmer solche Wechselbeziehungen wie jene zwischen untauglichem Versuch und délit manqué übersehen konnte. M. E. ist dieser Umstand jedoch lediglich auf das Fehlen einer Kontroverse in unserer Frage, auf die Nichtallgemeingültigkeit dieser zurückzuführen. Später hingegen, nach Auftauchen der Kontroverse, beruhte diese Unkenntnis, wie schon angedeutet, darauf, daß in manchen Fällen lediglich die Frage der Tauglichkeit betrachtet wurde, während in anderen das Moment des Stillstandes der Handlung auf Grund eines vom Willen unab-

Digitized by Google

hängigen Umstandes oder gar die vollendete Handlung, welche keinen „Anfang der Ausführung“ möglich läßt, allein das Gesichtsfeld beherrschten.

Auf manche Punkte dieser Ausführungen wird noch später eingegangen werden müssen; dies jedoch dürfte genügen, um Böhmers Zeit und Ansicht einigermaßen klar zu machen.

§ 2. Auftauchen der Kontroverse über den untauglichen Versuch im Strafrecht. Feuerbach. Reine Objektivisten.

I. Von einem prinzipiellen Standpunkt, von einer bestimmten Richtung bei Betrachtung einer Streitfrage kann nicht gesprochen werden, so lange die strittige Frage nur im Einzelfall einer Erörterung unterzogen und bei ein und demselben Einzelfall verschiedenen Gesichtspunkten die Herrschaft überlassen wird, sondern erst dann, wenn diese Streitfrage, zur Kontroverse ausgewachsen und einheitlich ins Auge gefaßt, Allgemeingültigkeit erlangt hat.

Ist der Zusammenhang zwischen Kontroverse und prinzipiellem Standpunkt in obigem Sinne richtig, so stellt uns die unbestrittene Tatsache, daß **Feuerbach** die Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs der deutschen Strafrechtswissenschaft einverleibt hat,[1]) ohne weiteres vor die Frage: „Welchem Gesichtspunkt huldigt Feuerbach hierbei?“

Sprechen wir aber von Standpunkt und Gesichtspunkt, so bezieht sich dies darauf, daß auch hier, wie bei den meisten strafrechtlichen Kontroversen, zwischen objektiven, subjektiven und gemischten Theorien zu unterscheiden ist, je nachdem einerseits die Handlung, die Verletzung, der rechtswidrige Erfolg, andrerseits der Wille oder, drittens, eine Verbindung beider Momente zum Stützpunkt der Lehre gemacht werden.

Feuerbach selbst hat nun im Laufe der Jahre seine prin-

[1]) Vgl. die Ansicht Rubos, G.S. 1865 XVII S. 4 u. 5 a. A. Allgemein wird aber angenommen, daß die Frage von Feuerbach angeregt worden sei. Baumgarten a. a. O. S. 236 § 2 nimmt an, die Frage sei zu gleicher Zeit von Feuerbach und Tittmann aufgeworfen worden.

Digitized by Google

zipielle Ansicht gewechselt. Ursprünglich scheint er in allen Fällen untauglichen Versuchs Strafbarkeit postuliert und damit einem subjektiven Standpunkt gehuldigt zu haben.[1]) In den ersten Auflagen seines Lehrbuchs findet er noch die Ansicht Böhmers „sonderbar", nach der in dem Falle, in welchem in der Absicht zu verletzen jemand ein „bloß vermeintliches" Gift gereicht worden ist, den Täter keine Strafe treffen sollte.[2])

Erst die vierte Auflage des gleichen Werkes bringt uns jene Änderung, durch welche die eigentlich Feuerbachsche Lehre ins Strafrecht eingeführt wurde.[3]) Jetzt erst taucht jene Theorie auf, welche dahin geht, daß „eine auf Hervorbringung des Verbrechens absichtlich gerichtete äußere Handlung (unternommenes Verbrechen, conatus delinquendi im weiteren Sinn) für sich selbst schon Übertretung" und strafbar ist, „wenn die Handlung selbst nach ihrer äußeren Beschaffenheit (mittelbar oder unmittelbar, wenig oder viel) mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursachlichem Zusammenhang steht, — objektiv gefährlich ist".[4])

In diesem Satze ist der Ausgangspunkt für die ganze kommende Entwicklung zu sehen. Auf dieser Theorie, die wir mit vollem Recht die „klassische" nennen können, beruhen alle Lehren der Folgezeit, ausgenommen die alsbald zu betrachtende rein objektive und die subjektive. So gehen — dies sei hier schon bemerkt — die Mittermaiersche Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit und die späteren Gefahrtheorien geschichtlich auf Feuerbach zurück, mag man nun

---

[1]) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch I. Aufl. Gießen 1801 §§ 60, 61, wo die spätere Einschränkung noch nicht gegeben. Im Gegensatz dazu vgl. desselben Lehrbuch XI. Aufl. Gießen 1836 § 42.

[2]) Vgl. hierzu Feuerbach, Lehrbuch 1801 § 286; Lammasch, Moment obj. Gef. S. 1 Anm. 1; Gallet a. a. O. S. 239 Anm. 7; Zachariae a. a. O. S. 236 Anm. 1; Baumgarten a. a. O. S. 236 § 2.

[3]) Dies entnehmen wir aus: Lammasch, Moment obj. Gef. S. 1 Anm. 1; Gallet a. a. O. S. 239 Anm. 7; Rubo, G.S. 1865 Bd. XVII S. 4; Baumgarten a. a. O. S. 236 § 2.

[4]) Vgl. Feuerbach, Lehrbuch XI. Auflage § 42 S. 35, 36, XIV. Auflage § 42 S. 71.

Digitized by Google

annehmen, daß dieser Zusammenhang mit Feuerbach für jede der beiden genannten Gruppen ein selbständiger, direkter, unmittelbarer ist, mag man andrerseits der Meinung sein, daß die Gefahrtheorien nur mittelbar auf jenen zurückgreifen, indem sie das Stadium der Mittermaierschen Scheidung zunächst passieren mußten, mag man endlich die Ansicht vertreten, daß einzelne Gefahrtheorien unmittelbar [1]) andere mittelbar auf Feuerbach zurückgehen.[2])

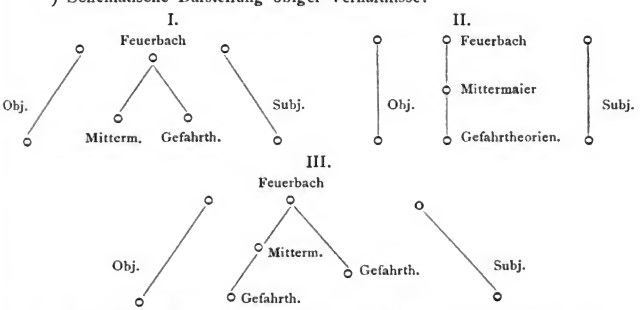
Daß Feuerbachs Lehre in die Kategorie der objektiven Theorien gehört, diese Behauptung bedarf wohl keines Beweises mehr; hingegen wird eine kurze Erörterung der praktischen Brauchbarkeit einzelner Begriffe dieser Theorie nicht unangebracht sein.

Kaum war diese Lehre aufgestellt, so wurde sie auch schon angegriffen,[3]) und zwar konzentrierten sich die Angriffe der Gegner auf den postulierten „ursachlichen Zusammenhang", den Kausalzusammenhang. Es soll hier allerdings nicht der Erörterung der rein objektiven Lehre vorgegriffen werden; so viel mag aber jetzt schon gesagt sein: wären jene Einwände gegen Feuerbach richtig gewesen, so hätte dessen Lehre zu dem gleichen Resultat führen müssen, wie jene der reinen Objektivisten: zur Straflosigkeit jedes Versuchs.[4])

---

[1]) So z. B. v. Liszts Theorie. Vgl. unten § 6.

[2]) Schematische Darstellung obiger Verhältnisse:



[3]) So z. B. von Tittmann, Grolmann, Oersted.

[4]) Auf dies weist Saleilles a. a. O. S. 8 hin: „Rigoureusement, cela aurait

Digitized by Google

Dazu führte aber diese Ansicht nicht. Die Kritik gab sich auch hier, wie leider oft genug, nicht die Mühe, die zu erörternde Ansicht ihrem Sinne nach voll und ganz zu erfassen. Man stützte sich auf eine Wortinterpretation und führte aus, daß beim Versuch und gerade beim Versuch von einem Kausalzusammenhang zwischen Handlung (im engeren Sinn) und Verbrechen, d. h. Erfolg, nicht die Rede sein könne.[1]) Ein Kausalzusammenhang sei stets erst dann feststellbar, wenn der Erfolg wirklich eingetreten; der Begriff „Kausalzusammenhang" setze die Begriffe „Notwendigkeit" und „Wirklichkeit" voraus, habe aber mit dem Begriff „Möglichkeit" nichts zu tun. Verlange man also einen Kausalzusammenhang beim Versuch, so bedinge dies, wie gesagt, die Straflosigkeit eines jeden Konats.

Diese Argumente haben zweifellos den Vorzug der logischen Richtigkeit für sich. Es fragt sich aber in unserem Fall, ob sie sich auch wirklich auf Feuerbach beziehen können, ob Feuerbach den von ihm verlangten „ursachlichen Zusammenhang" auch so aufgefaßt hat, wie es seine Gegner tun. Hier muß nun die Antwort verneinend lauten.

Feuerbach selbst gibt uns ja den nötigen Aufschluß. Daß sich sein Postulat auf einen Kausalzusammenhang in abstracto, auf einen potentiellen Kausalzusammenhang bezieht, geht doch aus der Gleichstellung von „ursachlichem Zusammenhang" und „objektiver Gefahr" zur Genüge hervor.[2])

---

dü écarter toute idée de répression en matière de tentative". Er geht hier von der Voraussetzung aus, daß man zum Versuch eine „violation" verlange. Dieser violation könnte der Kausalzusammenhang in concreto gleichgestellt werden, den oben die Gegner Feuerbachs diesem unterschieben. Allerdings weist Salleiles dann darauf hin, daß auch im danger eine violation liege. Dies wiederum steht dem Feuerbachschen potentiellen Kausalzusammenhang, dem Kausalzusammenhang in abstracto gleich.

[1]) Die Annahme eines Kausalzusammenhangs beim Versuch wurde scharf zurückgewiesen z. B. von Örsted, vgl. Zachariae I S. 237. Dann auch noch von: v. Buri, G.S. 1867 S. 69 und G.S. 1880 S. 332 (gegen obj. Beginn); E.R. Bd. I S. 442.

[2]) So ganz deutlich in seinem Lehrbuch XI. Aufl. § 42 S. 36 und XIV. Aufl. § 42 S. 71.

Um die Richtigkeit dieser Behauptung zu erweisen, müßte auf den Gefahrbegriff näher eingegangen werden. Hierzu vergl. unten Anm. 2 S. 67.

Digitized by Google

Allerdings haben logisch strengere Richtungen sowohl den Begriff des potentiellen Kausalzusammenhanges als jenen der objektiven Gefahr[1]) und damit die Feuerbach'sche Theorie auch in dieser eben dargelegten Auffassung verworfen, doch glauben wir, wie später noch schärfer betont werden soll, daß in der objektiven Gefahr nicht ein unaufstellbarer Begriff gesehen werden darf. Streng logischen Erwägungen gegenüber können die obigen Begriffe nicht standhalten, das ist zuzugeben, immerhin kann ihnen aber die praktische Brauchbarkeit nicht abgestritten werden.

Von den Gegnern wäre also Feuerbach im Kausalzusammenhang in concreto ein Begriff untergeschoben worden, den er nicht gebrauchte. Haben wir dies aber einmal festgestellt, und haben wir gesehen, daß die Begriffe Kausalzusammenhang und Gefahr bei Feuerbach einander koordiniert sind, so darf der eine statt des anderen eingesetzt werden, und halten wir z. B. nur den letzteren fest, so zeigt sich gleichsam in dem einen Worte Feuerbachs Lehre als der Ausgangspunkt sämtlicher folgenden Gefahrtheorien, aller Theorien mit Ansnahme der extremen, aller Theorien, welche den Begriff der objektiven Gefahr[2]) zum maßgebenden Kriterium erhoben haben, mag nun in ihnen eine Erweiterung und Klärung des ursprünglichen Standpunktes gegeben,[3]) mag derselbe rein übernommen worden sein.[4])

II. Ähnlich wie Feuerbachs Theorie als Ausgangspunkt für die ganze folgende Entwicklung unserer Frage in Deutschland bezeichnet worden ist, so darf in einer anderen Lehre, welche wir den **reinen Objektivismus** nennen möchten, der Grundstock

---

[1]) So die Theorie von v. Buri. Vgl. denselben in allen seinen in der Literaturübersicht zitierten Schriften. Vgl. auch Lammasch, Moment obj. Gef. S. 12; ferner Finger a. a. O. S. 20ff.

[2]) In eine Erörterung des Begriffs der objektiven Gefahr zu treten, ist hier noch nicht am Platze. Erst Mittermaier stellte diesen Begriff in die vorderste Reihe, erst zu seiner Zeit trat die Gefahr-Kontroverse mit der Frage der Tauglichkeit in den Vordergrund. Bei Feuerbach dreht sich der Streit mehr um den „Kausalzusammenhang". Über den Begriff der objektiven Gefahr vgl. unten § 3 III S. 82 ff.

[3]) So z. B. Mittermaier u. A. A.

[4]) So z. B. v. Liszt.

Digitized by Google

für die Weiterbildung der Kontroverse in Frankreich gesehen werden. Beide Theorien, welche von einander ganz unabhängig sind, haben außerdem das Gemeinsame, in der Mittermaierschen Scheidung ihr nächstes Entwicklungsstadium zu finden, d. h. sich in Mittermaiers Lehre zu vereinigen, darin gleichsam ineinander aufzugehen. Nur zeigt meines Erachtens Feuerbachs Lehre von Anfang an eine höhere Entwicklung als die neu zu betrachtende, und bei besonderer Berücksichtigung von Mittermaiers Ansicht dürfen wir wohl sagen, daß diese auf der Feuerbachschen Theorie fußt, während der reine Objektivismus für sie nicht grundlegend gewesen ist. Mittermaier wandelt Feuerbachs Lehre zu der seinigen um; der reine Objektivismus aber arbeitet sich selbst zur Mittermaierschen Scheidung durch.

Die rein objektive Theorie hat nun in Deutschland stets wenig Anhänger gehabt,[1]) und soviel uns bekannt ist, besitzt sie unter den Lebenden keine solchen mehr. In Frankreich hingegen, wo sie als die „klassische" bezeichnet wird, findet sie, wie stets früher, so auch noch jetzt starken Zuspruch.[2]) Wollen wir kurz den Ausgangspunkt dieser neuen Lehre feststellen, so ist dieser für Deutschland und Frankreich sozusagen derselbe und liegt in den fast gleichlautenden Versuchsbestimmungen des § 43 R.Str.G.B.[3]) resp. des Art. 2 code pénal.[4])

---

[1]) Es wären zu nennen Rubo und Pfenninger. Vgl. die von diesen angeführten Schriften; vgl. auch Meyer, Lehrbuch S. 210 Anm. 31.

[2]) z. B. Blanche, Chauveau et Hélie, Rossi gehören hierher. Über weitere Anhänger vgl. die Anmerkungen bei Saleilles a. a. O. S. 37, wo Garraud noch hierzu gezählt wird und bei Garçon a. a. O. S. 24 No. 109; vgl. auch Gallet a. a. O. S. 250, 251.

[3]) § 43 Abs. 1 R.Str.G.B. lautet: „Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen."

[4]) Art. 2 code pénal lautet: „Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a pas été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considerée comme le crime même."

Digitized by Google

Aus dem Wortlaut dieser Gesetzesnormen ziehen die Vertreter der klassischen Theorie den Schluß, daß ein „Versuch“ nur dort möglich sein könne, wo die Vollendung möglich ist. Mit anderen Worten: die Handlung (im engeren Sinne) muß konkret geeignet sein, zur Vollendung zu führen; der Versuch ist also eine teilweise Vollendung, der „Anfang der Ausführung“ ist ein objektiver Teil der Ausführung.[1])

Hierin liegt aber der Unterschied der beiden „klassischen“ Theorien: einem konkreten Geeignetsein bei der rein objektiven Theorie steht der abstrakt gefaßte ursachliche Zusammenhang Feuerbachs gegenüber, und dieses objektive Geeignetsein, welches etwas Feststehendes, Tatsächliches ist, in welchem der reine Objektivismus die Möglichkeit der Vollendung de facto und in concreto postuliert, ist daher naturgemäß streng zu unterscheiden von der objektiven Gefahr, dem Kausalzusammenhang Feuerbachs, welche Kriterien als nur in abstracto denkbare auch die Möglichkeit der Vollendung nur in der Abstraktion voraussetzen.

Alle Einwände, die gegen die Grundlagen der rein objektiven Lehre angeführt worden sind, hier näher darzustellen, kann nicht unsere Aufgabe sein. Es genüge deshalb darauf aufmerksam zu machen, daß eine solche wörtliche Auslegung der Versuchsnorm sowohl der geschichtlichen Ent-

---

[1]) So z. B. Blanche a. a. O. No. 8 S. 9, 10; Rossi a. a. O. S. 270; Chauveau et Hélie S. 400 a. E.; Rubo, Kommentar S. 412 a. A.; Rubo, G.S. 1865 XVII S. 8; Geyer, Z. I. 1881 S. 42; Geyer, Erörterungen S. 52ff. (hier auf Grund des Textes des österr. Str.G.B. § 8).

Auch Cohn scheint rein objektiv vorzugehen, immerhin mit anderer Begründung. Darüber vgl. v. Buri in G.S. 1880 S. 334.

Gegen Obige vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 190 Anm. 2; Langenbach a. a. O. S. 13. Bezüglich weiterer Vertreter obiger Ansicht vgl. die, bei den in Anm. 2 S. 68 genannten Schriftstellern, Angeführten.

N. B.: Von Alimena, Ricerche S. 541 werden Chauveau et Hélie zu den Anhängern der Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit gestellt. Wir stimmen mit Garçon a. a. O. S. 24 überein, wenn wir sie hierher stellen. Es könnte lediglich mit Rücksicht auf das auf den folgenden Seiten bezüglich des délit manqué von den reinen Objektivisten Gesagte mit Alimena vorgegangen werden. Dann gäbe es aber überhaupt keine „reine“ Objektivisten.

Digitized by Google

wicklung als auch der vom Gesetzgeber beabsichtigten Regelung widerspricht[1]) und daher sogar de lege lata unrichtig ist. Der Fehler dieser Ansicht zeigt sich schon an und für sich im Ausdruck „teilweise Vollendung“,[2]) ganz eklatant aber erst in den hieraus folgenden Konsequenzen. Allerdings gestehen die Verteidiger des „reinen“ Objektivismus die eine Folge zu, nämlich daß jeder untaugliche Versuch straflos zu bleiben habe. Hierin liegt aber die erste Inkonsequenz von ihrer Seite; denn sie müßten tatsächlich noch viel weiter gehen.

Diesbezüglich möchten wir die Aufmerksamkeit auf eine Bernersche Äußerung lenken, welche sich auch in der neuesten Auflage von dessen Lehrbuch findet und mit der wir ohne Einschränkung übereinstimmen. Er sagt pag. 145: „Wollte man dies nicht einräumen (daß der relativ untaugliche Versuch strafbar sei), so würde man folgerecht die Möglichkeit eines strafbaren Versuchs, von dem doch die Gesetze sprechen, ganz leugnen müssen.“[3])

Jeder Versuch müßte also straflos bleiben!

Dies wäre die richtige Konsequenz des reinen Objektivismus, eine Konsequenz, welche mit Notwendigkeit hervorgeht aus der Tatsache, daß bei keinem Versuch eine konkrete objektive Eignung der Handlung, die Vollendung herbeizuführen gegeben ist. Denn jeder Versuch weist als Begriffsmerkmal eine gewisse Untauglichkeit auf.

Daß aber die „klassische“ Theorie nicht nur jeden untauglichen, sondern jeden Versuch überhaupt straflos lassen

---

[1]) Dies weist Salleiles für die französische Entwicklung in seinem II. Teil a. a. O. nach. Für die deutsche Gesetzgebung vgl. Saleilles a. a. O. S. 27; Lammasch, Moment obj. Gef. S. 38ff.; R.R. Bd. I S. 820ff.: Urteil vom 24. Mai 1880; E.R. Bd. I S. 440ff. (dasselbe).

Es ist wohl überwiegende Ansicht, daß das Moment des „Anfanges der Ausführung“ lediglich die Scheidung zwischen strafloser Vorbereitungs- und strafbarer Ausführungshandlung geben soll. Darüber bei uns unten § 10 I.

[2]) So auch Saleilles a. a. O. S. 37.

[3]) Vgl. Berner, Lehrbuch S. 145; auch Havenstein S. 45 und S. 53ff. (auf denen er eine ausführliche, über die rein objektive Theorie hinausgehende Kritik des Objektivismus gibt).

Digitized by Google

müßte, diesen von Berner geäußerten Gedanken finden wir noch bei vielen anderen Schriftstellern.[1])

Haben wir aber bisher schon für einen Fall gesehen, daß die Unhaltbarkeit der Konsequenzen die Verfechter des reinen Objektivismus zu einer Inkonsequenz zwingt, so muß noch auf einen zweiten Widerspruch hingewiesen werden. Zugegeben wird ja von den reinen Objektivisten, wie wir gesehen, daß „jeder untaugliche Versuch straflos" sei. Nun ist es eine bekannte und wohl unbestreitbare Tatsache, daß das délit manqué und der untaugliche Versuch sich kreuzende Begriffe sind, daß, wie Saleilles öfters sagt: „Neuf fois sur dix, le délit manqué implique un délit impossible."[2]) Wie steht es daher mit der Strafbarkeit des délit manqué? Zieht man die richtige Konsequenz, so müßte es straflos bleiben;[3]) denn wir fragen ja nur nach dem objektiven Geeignetsein, und dieses ist beim Versuch nie gegeben; wir unterscheiden ja nicht zwischen verschiedenen Arten von Untauglichkeit, wobei das délit manqué etwa als relativ untauglicher Versuch strafbar sein könnte.

Hier begehen nun alle Franzosen eine Inkonsequenz, keiner ihrer Schriftsteller hat seinen Ausgangspunkt offen verlassen, sondern jeder behauptet unter Festhaltung an seinem Prinzip zur Strafbarkeit des délit manqué zu gelangen. Dieses wird eben hier als tentative impossible nicht erkannt; hier wird nicht

---

[1]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 8. Die Stelle: „Rigoureusement .... usw." bezieht sich allerdings auf die Grundlagen der Strafbarkeit vor und bei Feuerbach. Auf die rein Objektiven bezogen, würde aber jener Ausspruch volle Gültigkeit beanspruchen können.

Holtzendorff, Handbuch II S. 294; Gallet a. a. O. S. 236 mit Bezug auf den untauglichen Versuch allein; Garraud a. a. O. S. 396 No. 207; Garçon a. a. O. S. 24 No. 113; v. Buri in G.S. 1880 S. 344; derselbe ibid. 1867 S. 67, Klee a. a. O. S. 33; R.R. Bd. I S. 823, E.R. Bd. I S. 442: Urteil vom 24. Mai 1880. Gegen diese Ansicht legt Geyer, Z. I. 1881 ausdrücklich Verwahrung ein.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 28, 44, 66; Gallet a. a. O. S. 254; Garraud a. a. O. S. 398 No. 208. Es geht auch hervor aus Kohler a. a. O. S. 16: „Hier handelt es sich um untauglichen Versuch, um ein délit manqué"; v. Liszt; Lehrbuch S. 190.

[3]) So auch Saleilles a. a. O. S. 47; Garraud a. a. O. S. 396 No. 207; Garçon a. a. O. S. 24 No. 113 u. A. A.

Digitized by Google

mehr auf das commencement d'exécution im Sinne der Möglichkeit des Erfolgseintrittes, der Tauglichkeit der Handlung gesehen, wobei ja der Fehler offenbar werden müßte; es wird die Strafbarkeit ausgesprochen auf Grund der Nichtvollendung wegen cas fortuit, wegen „circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.“[1]) „Wider den Willen“ ist der Erfolg nicht eingetreten, also ist der den Erfolg Wollende strafbar. Diese Erklärung stimmt denn auch überein mit der lex lata, mit der Tatsache, daß nach der Fassung des Art. 2 des code pénal das délit manqué in der „tentative“ inbegriffen ist.[2]) De lege ferenda steht aber die Doktrin in Frankreich auf dem entgegengesetzten Standpunkt, indem nach dieser der Ausdruck „tentative“ das délit manqué nicht umfaßt. Von diesem Standpunkte aus wäre daher eine andere Erklärung der Strafbarkeit des fehlgeschlagenen Verbrechens nötig, und hier scheint denn Rossi das richtige Moment hervorzuheben, wenn er sagt: „Mais si un agent vient de faire le dernier acte et qu'avant d'en connaitre le résultat on demande: A-t-il consommé le crime? personne ne répondra que non. Son acte n'est pas une partie de l'exécution, il en est le complément. Restait-il quelque chose à faire? Non.“[3])

So hätten wir zwei Erklärungen der Strafbarkeit des délit manqué; beide gleich oberflächlich, die eine der lex lata gegenüber, die andere für die doktrinelle Auffassung. Die Doktrin scheint denn auch mit der Erwägung, daß das délit manqué mit dem Versuch nichts zu tun habe und folglich auch mit dem untauglichen Versuch nicht in Beziehung stehe, die Frage als gelöst zu erachten. Allerdings hätte ihr eine etwas eingehendere, weniger oberflächliche Betrachtung die Unrichtigkeit dieser Ansicht erweisen müssen und hätte sie dann auch dazu geführt, das Verhältnis des délit manqué zum untauglichen Versuch zu ihrem Nutzen etwas genauer zu analysieren.[4])

---

[1]) Blanche a. a. O. S. 19 No. 11. Vgl. diesen Teil oben § 1 S. 62, 63 a. A.

[2]) Über die Stellung der lex lata und der Doktrin in diesem Punkte vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 15.

[3]) Vgl. Rossi a. a. O. S. 285 oder Buch II Kap. XXXIII.

[4]) Etwas Näheres vgl. unten § 10 VI a. A. Anm.

Digitized by Google

Hier scheint also diese Beziehung noch gar nicht bekannt zu sein.[1])

Daß später, als sie bekannt war, das délit manqué trotz Festhaltens an Ausgangspunkt und Konsequenz immer noch als strafbar behandelt wurde, beruht auf einer Fortbildung dieser Lehre, die sich de facto mit der Mittermaierschen Theorie deckte. Davon weiter unten.

Vorläufig dürfte dieser kurze Hinweis auf die sogenannte klassische Theorie genügen, um zu erweisen, daß diese für eine legislative Regelung keinesfalls geeignet ist. Wollen wir davon absehen, daß sie wegen des in jedem Versuch enthaltenen, die Vollendung hindernden Momentes gar keinen Konat strafen dürfte, so genügt zur Abweisung der ganzen Theorie schon die Tatsache, daß wir heutzutage den untauglichen Versuch nicht mehr „sous le scandale de l'impunité“[2]) lassen dürfen, daß aber diese Folgerung ursprünglich von den reinen Objektivisten selbst mit starrer Konsequenz gezogen wird.

Es ist eben nötig, den untauglichen Versuch auf irgend eine Art zu strafen, und der geschichtlichen Entwicklung ist in dieser Beziehung zu entnehmen, daß in allen Ländern eine Tendenz besteht, den Umfang des strafbaren Versuchs zu erweitern. Nicht nur in Deutschland, sondern gerade auch im Lande der klassischen Theorie, in Frankreich, auch in Italien und sogar in England zeigen sich solche Spuren, indem z. B. England neben Reinobjektivisten, zu denen ich Shirley-Atkinson rechnen möchte, neuerdings auch Vertreter anderer Ansichten aufweist.[3])

---

[1]) Das geht auch hervor aus Saleilles a. a. O. S. 13 Anm. 1.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 34.

[3]) Vgl. Shirley-Atkinson S. 3. Die rein objektive Stellung dieses Autors geht wohl zur Genüge aus dem folgenden Beispiele hervor: „Where a man puts his hand into an empty pocket intending to steal whatever may be in it, he has not „attempted“ so steal from the person“. Den Versuch selbst bestimmen Shirley-Atkinson als: „an act done with intent to commit a crime, and which forms te beginning of such a series of acts as, if uninterrupted, would have ended in the complection of the offence“.

Ganz ähnlich auch Harris-Force a. a. O. S. 19: „if a person puts his

Digitized by Google

§ 3. Mittermaier.

I. Im § 2[1]) haben wir schon kurz darauf hingewiesen, daß sowohl Feuerbach als die reinen Objektivisten als Vorläufer Mittermaiers zu betrachten sind, daß die Theorien der Erstgenannten ihr nächstes Entwicklungsstadium in der Scheidung des letzteren fanden, sich darin vereinigten, darin gleichsam ineinander aufgingen.

Bei diesen **Übergängen** müssen wir einen Augenblick stehen bleiben.

Bezüglich der uns vertrauten Lehre Feuerbachs brauchen wir nur mitzuteilen, daß der Streit, welcher sich bekanntlich zunächst um die postulierte Kausalität drehte, nach und nach in die Kontroverse über die Tauglichkeit des Mittels und Objektes überging,[2]) um den Zusammenhang mit Mittermaier klar dargelegt zu haben. Und setzen wir, um noch deutlicher zu sein, in der oben angeführten Definition Feuerbachs[3]) an Stelle seines „objektiv gefährlich" das Mittermaiersche „relativ untauglich", so dürfte der Übergang geradezu ad oculos demonstriert sein.

---

hand into a pocket with intent to steal what is there, and the pocket is empty, he can not be convicted of an attempt to steal".

Den Versuch selbst definiert aber Harris: „the doing of any of the acts which must be done in succession before the desired object can be accomplished". — Ob auf Grund dieser Äußerungen auf eine prinzipielle Stellungnahme der Autoren mit Sicherheit geschlossen werden darf, ist mir allerdings zweifelhaft, da ja das englisch-amerikanische Recht nicht kodifiziert ist und nur auf Grund der Entscheidungen erfaßt werden kann. Vgl. dazu Lammasch, Moment obj. Gef. S. 46ff.

[4]) z. B. Stephen (vgl. unsere Arbeit Teil II § 11); Kenny, Outlines (S. 81: „This doctrine (es ist die in Anm. 1 S. 71 skizzierte gemeint. D. V.) has, however, been definitely overruled"); Kenny, Cases S. 88; Nelson S. 465, 466, S. 767 (Fälle), 770. Weiterhin wären zu vergleichen die Amerikaner: Tiffany S. 697; Cook S. 28; Wharton I S. 205ff. § 182—186.

Diese Änderung der Ansichten ist in England hervorgerufen worden durch die Entscheidungen in den Sachen Reg. v. Brown und Reg. v. Ring; in Amerika scheint sie schon früher bestanden zu haben (vgl. Wharton § 186).

[1]) Vgl. oben S. 67, 68.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 3, 4; Saleilles a. a. O. S. 9, 10ff.

[3]) Diese ist angeführt S. 64.

Digitized by Google

Etwas ausführlicher müssen wir auf die Stellung des reinen Objektivismus in diesem Prozeß eingehen. In Erinnerung wird geblieben sein, daß dieser, prinzipiell jeden untauglichen Versuch straflos lassend, doch nicht umhin konnte, das délit manqué zu bestrafen. Es beruhte diese Tatsache auf dem Umstand, daß eben damals im délit manqué der untaugliche Versuch nicht erkannt wurde; außerdem aber verwarfen die Vertreter dieser Lehre jene Scheidung, welche ihnen vielleicht als Wegweiser hätte dienen können, die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit.

Der reine Objektivismus ist also de facto nie rein objektiv gewesen, obschon er es zu sein glaubte und gerade durch Vertretung jener oben erörterten nach ihm hieraus einzig folgenden Konsequenz in der Theorie als inkonsequent bezeichnet werden muß. Die ganze Lehre fußt eigentlich, wenn auch ohne Wissen und Willen ihrer Autoren, ja im Widerspruch zu deren Lehrsätzen, auf der Scheidung in absolute und relative Untauglichkeit.

Aber auch für die reinen Objektivisten gilt Gallets Ausspruch: „Il est absolument vrai de dire, que neuf fois sur dix le crime manqué est un crime impossible et que toute législation qui accepte de prévoir et punir le premier, accepte par là même de prévoir et **punir** le second.“[1])

Die reinen Objektivisten mußten also nach und nach zu der Einsicht gelangen, daß sie tatsächlich etwas anderes vertraten, als sie theoretisch zu vertreten vorgaben, und mit dieser Einsicht mußte offenbar ihre ganze Theorie den Todesstoß erhalten.

Nun geschah aber das Eigentümliche, daß, nachdem sich der reine Objektivismus von der Wahrheit des oben zitierten Satzes überzeugt hatte, oder wenigstens damit vertraut geworden war, er doch noch sowohl an seinem Ausgangspunkte als auch an dessen Konsequenzen festzuhalten vorgab. Er stellte nämlich nunmehr die Scheidung des Versuchs in einen untauglichen und einen unzulänglichen auf, in welcher Teilung aber nicht etwa die zwei Glieder einem übergeordneten „untauglichen

[1]) Vgl. Gallet a. a. O. S. 254; Saleilles a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

Versuch i. w. S.“ unterstellt wurden. Nun konnte das délit manqué als unzulänglicher Versuch gestraft werden, ohne daß die Konsequenz: „jeder untaugliche Versuch bleibt straflos“, in irgend einer Hinsicht zu beanstanden gewesen wäre.[1])

Es dürfte aber einleuchten, daß hierbei nur noch eine terminologische Unterscheidung gegenüber Mittermaiers Lehre gegeben war und dieser Unterschied bestand darin, daß Mittermaier im Ausdruck „untauglich“ sowohl die absolute als die relative Untauglichkeit zusammenfaßte, während die reinen Objektivisten nur die absolute Untauglichkeit darin enthalten sahen.

Der Fortschritt aber lag in dem Umstand, daß die zweite Inkonsequenz, die wir im § 2 II hervorgehoben, nunmehr behoben war und das délit manqué eben als unzulänglicher Versuch einer Bestrafung unterworfen wurde. Die erste Inkonsequenz hingegen mußte so lange bestehen bleiben, als nicht durch eine Änderung des Ausgangspunktes auch die Folgerung: „jeder Versuch bleibt straflos“ hinfällig geworden war.

Der dritte und letzte Schritt bestand denn eben in der Aufgabe der falschen Grundlage und in der vollkommenen, auch terminologischen Anpassung an Mittermaiers Scheidung. Damit war aber der sogenannte reine Objektivismus untergegangen.

Dieser ganze Entwicklungsgang zeigt sich denn auch, etwas konkreter gefaßt, in der Tatsache, daß eine Anzahl von Vertretern der Mittermaierschen Scheidung den alten Ausgangspunkt beibehalten hatte und im „Anfang der Ausführung“ immer noch ein objektiv zu verlangendes Tatbestandsmoment des Versuchsbegriffes sah, statt lediglich die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführung,[2]) trotzdem aber zu der Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit (impossibilité absolue et relative, inidoneità relativa o assoluta) gelangte. Dies geschah aber wieder entweder aus rein praktischen Rücksichten,[3]) also gegen alle Konsequenz, oder dann, wie wir schon gesehen, ohne Aufgabe des prinzipiellen Standpunktes durch die Ausscheidung

[1]) Vgl. Zachariae a. a. O. I S. 239.

[2]) So z. B. Zachariae a. a. O. I S. 247 a. E.; Ortolan a. a. O. No. 1006 S. 456; Berner, Lehrbuch S. 144; Tuozzi a. a. O. S. 174.

[3]) So scheint uns Berner vorzugehen S. 145 Lehrbuch.

Digitized by Google

der relativen Untauglichkeit als Unzulänglichkeit aus dem Begriffe der Untauglichkeit.[1]) Zu diesem Vorgehen war denn auch im französischen und italienischen Sprachgebrauch durch terminologische Scheidung in impossibilité und insuffisance oder inaptitude und insuffisance, dann in inidoneità und insufficienza ein Anhalt gegeben. Und auch hierbei konnte natürlich das Prinzip in seinem vollen Umfang aufrecht erhalten bleiben.

Die weitere Fortbildung aber liegt nunmehr in Mittermaiers Lehre selbst.

II. So viel dürfte aus dem bisher Gesagten klar geworden sein, daß in der Scheidung in absolute und relative Untauglichkeit und in der Bestrafung der relativ untauglichen Handlung als einer gefährlichen **das Wesen von Mittermaiers Lehre** liegt.

Was versteht man aber unter relativer und absoluter Untauglichkeit? Wie beziehen sich diese Begriffe auf Mittel und Objekt? Es dürfte eine Antwort hierauf ohne Schwierigkeit gegeben werden können; denn diese Begriffe werden von allen Anhängern obiger Scheidung ungefähr gleichlautend dahin zusammengefaßt, daß dann ein absolut untaugliches Mittel (resp. Objekt) vorliege, wenn dieses „an und für sich" oder „von vorne herein" zur Vollbringung des vorgefaßten Verbrechens untauglich sei, während ein relativ untaugliches dann gegeben sei, wenn es „an und für sich" für den bestimmten Zweck als tauglich angesehen werden müsse, in der bestimmten Anwendung aber als untauglich sich erweise.[2])

Jedoch darf nicht geglaubt werden, daß bezüglich Mittermaiers Theorie alles im klaren sei oder nicht auch hier Modifikationen zu konstatieren wären.

---

[1]) z. B. Ortolan S. 455 No. 1004; Zachariae I S. 239; Merkel, Lehrbuch S. 130, 131, der allerdings nicht diesen prinzipiellen Standpunkt vertritt.

[2]) So Zachariae a. a. O. I S. 239 in Bezug auf rel. untaugl. Mittel; Ortolan a. a. O. S. 454, 455; Pessina a. a. O. S. 254; Temme a. a. O. S. 176, 177; Carrara, Programma I § 362; Alimena, Ricerche S. 541, der dort einen Ausspruch Carraras anführt; Merkel, Lehrbuch S. 130, 131. Vgl. dazu auch die Lehrbücher von v. Liszt, Meyer, Berner und den Kommentar von Frank. Überdies bezüglich Beispiele vgl. die angeführte Literatur, speziell Zachariae und Ortolan.

Digitized by Google

Daß manche Autoren schon bei Besprechung der Grundbegriffe dieser Lehre statt von relativer und absoluter Untauglichkeit zu sprechen, die Ausdrücke „gefährliche“ und „ungefährliche Handlung“ gebrauchen oder Fälle erwähnen, die „von vorn herein“ ungefährlich sind im Gegensatz zu andern, die dieser Qualifikation nicht unterliegen,[1]) darauf soll besonderes Gewicht nicht gelegt werden. In einem anderen Punkte sind hingegen viel wichtigere Differenzen feststellbar.

Man wäre im Irrtum, wollte man etwa glauben, daß gleich von Anfang an die hier erörterte Scheidung in absolute und relative Untauglichkeit sowohl für Mittel als auch Objekt aufgestellt worden sei,[2]) im Gegenteil! Mittermaier und seine Zeit, ja auch noch neuere Autoren unterscheiden obige zwei Arten von Tauglichkeit resp. Untauglichkeit nur beim Mittel, während der Versuch am untauglichen Objekt für sie immer straflos war.[3]) Erst Mittermaier nachfolgende Schrift-

---

[1]) Vgl. Geib S. 310.

[2]) A. A. Eisenmann a. a. O. S. 466. Wie wir: Alimena, Ricerche S. 541, 542.

[3]) Vgl. Mittermaier, Beiträge S. 194ff.; derselbe in G.S. 1859 S. 437ff. Wie Mittermaier: Jenull a. a. O. S. 155ff. (mit besonderer Betonung der rechtswidrigen Absicht; schon 1808!); Zachariae a. a. O. I S. 239 und 240; Ortolan a.a.O. No. 1005ff. S. 415ff. (Saleilles, a.a.O. S. 42 stellt Ortolan zu denjenigen, die die Teilung bei Objekt und Mittel vornehmen, wenigstens sollte wohl dies daraus hervorgehen, daß die Kassationshofstheorie von ihm beeinflußt worden sei. — Die Grundlage ist ja allerdings bei beiden dieselbe, doch scheint Ortolan, wie aus S. 454 Abs. 1 und S. 455 Abs. 2 hervorgeht, die Scheidung zwischen relat. und absolut. Untauglichkeit nur beim Mittel zu machen); Temme a. a. O. S. 176, 177; Geib a. a. O. S. 308; Pessina S. 254, wo über eine eventuelle Scheidung des Objekts nichts ausgesagt wird. — Über die Wandlungen in Mittermaiers Ansicht vgl. Baumgarten S. 241ff. — Neuerdings hat sich auch Langenbach a. a. O. zu dieser Ansicht bekannt. Er will die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit nur beim Mittel zulassen. Den Versuch an relativ untauglichem Objekt stellt er zum Versuch mit untauglichen Mitteln (S. 18, 79) und der Versuch am untauglichen Objekt in seinem Sinn bleibt als Mangel am Tatbestand straflos (so S. 79). —

Auf die oben angeführte Entscheidung wurden die hier zitierten Schriftsteller schon durch die Unterscheidung von Versuch und Mangel am Tatbestand hingewiesen. Die daneben übrig bleibenden Fälle (rel. untaugl. Obj.) werden

Digitized by Google

steller — es mögen z. B. Berner und Carrara genannt sein — nahmen diese Scheidung auch für das Objekt auf.[1])

Damit sind aber nicht alle Modifikationen dieser Theorie erschöpft. Kurz mag auf einige weitere Unterschiede hingewiesen werden, wenn diese auch oft mehr formeller, terminologischer als materieller Art sind.

So wurde die uns beschäftigende Frage öfters mehr unter dem Gesichtspunkte des Vorliegens einer Rechts- oder Tatunmöglichkeit, einer impossibilité légale oder physique (tentative légalement oder physiquement impossible) zu lösen versucht.[2]) Man blieb hierbei gewöhnlich bei der ursprünglichen Scheidung, erklärte aber ausdrücklich beim Objekt noch jene Fälle als straflos, in denen eine Rechtsunmöglichkeit der Vollendung bestehe.[3])

---

von Langenbach allein ausdrücklich rubriziert. Näheres vgl. auch in der „Zusammenstellung" § 11 Anm. zu I (objektive Theorien) No. 3 (Mittermaiersche Richtung).

[1]) Vgl. z. B. Berner S. 144 u. 145, der allerdings ein neutrales Zwischengebiet noch aufstellt; Carrara, vgl. bei Alimena, Ricerche S. 542; Alimena, Ricerche S. 544 a. E.; Meyer, Lehrbuch S. 210, 212; Franz. Kassationshof, vgl. bei Saleilles S. 40ff., bei Gallet S. 241ff.; Tuozzi a. a. O. S. 175, 176.

[2]) Hier blieb der Versuch im Falle der Rechtsunmöglichkeit des Eintritts der Vollendung straflos. Diese Fälle der Rechtsunmöglichkeit decken sich mit jenen des Frankschen Putativdelikts, welche natürlich auch straflos sind. Vgl. Frank, Lehrbuch S. 102.

Es ist aber im Grunde genommen wieder nichts anderes als ein besonderes Hervorheben dessen, was man gewöhnlich Mangel am Tatbestand nennt. Dieser Mangel am Tatbestand wird aus dem Gebiet des Versuchs sowohl wie aus dem des untauglichen Versuchs ausgeschieden. Der Unterschied dieser Lehre gegenüber derjenigen Mittermaiers liegt darin, daß der Versuch am relativ untauglichen Objekt in den freibleibenden Fällen eventuell bestraft werden kann. Vgl. näheres in der Zusammenstellung § 11 Anm. zu I No. 3 u. Anm. zu I No. 4.

[3]) Die Verschiedenheit unter den Anhängern dieser Ansicht bestand wieder darin, daß manche, so z. B. Crivellari, Il codice S. 8 N. 7 diese Rechtsunmöglichkeit beim Objekt anführten. So blieb der Versuch am untauglichen Objekt, welcher zugleich Mangel am Tatbestand war, straffrei. Die weiteren Fälle von Versuch am untauglichen Objekt aber waren strafbar. Vgl. vorige Anm. 2. Andere, so Carrara, Programma S. 327 und Stiegele a. a. O. führten die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit auch beim Objekt durch und hierneben diejenige in Rechts- und Tatunmöglichkeit. Das ist m. E. zweimal dasselbe, so lange es eben auf das Objekt beschränkt bleibt. Auch

Digitized by Google

Noch weitere Differenzen zeigten sich bei Hervorhebung und Betonung des Zeitpunktes, in welchem die Untauglichkeit festgestellt werden sollte.[1]) In der Forderung nach Unterscheidung verschiedener causae der Untauglichkeit scheint hingegen einerseits die schon bekannte Scheidung in absolute und relative Untauglichkeit, andererseits jene nach der Verschiedenheit des Zeitpunktes zu liegen.[2])

Einige Konsequenzen dieser letzten Unterscheidungen mögen noch zur Erläuterung dienen: Wir sehen z. B., daß das délit manqué vom untauglichen Versuch unter der Begründung zu scheiden versucht wurde, daß der Zeitpunkt, in welchem die Untauglichkeit eintrete, bei beiden ein verschiedener sei.[3]) So stellte andererseits der französische Kassationshof seine Teilung in relative und absolute Untauglichkeit unter spezieller Berücksichtigung des Grundes auf,[4]) so verlegte andererseits Mittermaier — und dies ist das Wichtigste — den maßgebenden Zeitpunkt für die Feststellung der Untauglichkeit resp. Tauglichkeit in die Vorbereitung, in den letzten Moment vor dem „Anfang der Ausführung", während andere den „Anfang der Ausführung" selbst als den entscheidenden Zeitpunkt betrachteten.[5])

Garraud macht diese Scheidung in Rechts- und Tatunmöglichkeit beim Objekt, vgl. a. a. O. S. 399, 400. Vgl. näheres bezüglich dieser Punkte in der Zusammenstellung § 11 Anm. zu I No. 4.

[1]) D. h. ob diese im „Anfang der Ausführung" oder in „der Vorbereitung" festgestellt werden sollte. Für ersteres Tuozzi a. a. O. S. 178; für letzteres Mittermaier, vgl. bei Saleilles S. 19. Vgl. darüber auch v. Kries „Möglichkeit" S. 296.

[2]) So nennt der französische Kassationshof den relativ untauglichen Versuch: einen Versuch, dessen „insuccès purement accidentel" ist (vgl. Saleilles a. a. O. S. 43) und unterscheidet also, je nachdem Zufall oder Notwendigkeit entscheidend sind. So unterscheidet Blanche a. a. O. No. 11 S. 18, ob die Unmöglichkeit von vornherein oder erst nachträglich gegeben. Über alle diese Unterscheidungen vgl. Gallet a. a. O. S. 249. Mit dem „Grund" sind die „causes" gemeint im Sinne von Saleilles a. a. O. S. 43 ff.

[3]) So Blanche a. a. O. No. 11 S. 18; vgl. auch unsere Anm. 2 S. 80 und viele Franzosen.

[4]) Vgl. die obige Anm. 2 S. 80.

[5]) Über Mittermaier vgl. ganz allgemein die Werke der in Anm. 2, S. 2 Zitierten, dann speziell Saleilles a. a. O. S. 19, ebenso Mittermaier

Digitized by Google

Schließlich mag aber auch noch auf den Umstand aufmerksam gemacht werden, daß einige dieser Differenzierungen offenbar übereinstimmend jener Tendenz folgen, welche bei Mittermaiers letzter Forderung mit elementarer Kraft hervortritt, jener Tendenz, das Gebiet der Imputabilität möglichst zu vergrößern. Deshalb ist auch Mittermaiers letzter Schritt, welcher eine bedeutende Erweiterung des beim Versuch strafbaren Gebietes enthält,[1]) unbedingt zu begrüßen.

Alle diese Punkte im einzelnen zu verfolgen und zu vergleichen, kann — so interessant es auch wäre — nicht als unsere Aufgabe betrachtet werden. Es genüge daher, nochmals zu betonen, daß die von Carmignani aufgestellte Scheidung[2]) in relative und absolute Untauglichkeit von Mittermaier in Deutschland eingeführt worden ist[3]) und in ihrer Fortbildung zu einer Menge weiterer Differenzierungen geführt hat. Gerade diese mannigfachen Unterscheidungen aber scheinen ein Grund dafür zu sein, die Theorie im Hinblick auf eine praktische Regelung abzuweisen.

Doch ist hier noch nicht der Ort, ein endgültiges Urteil abzugeben. Zunächst mögen noch jene Momente Berücksichtigung finden, welche von den Gegnern der Mittermaierschen Scheidung — seien es nun die reinen Objektivisten, seien es die Subjektivisten oder auch noch andere — in ungefähr gleicher Richtung vorgebracht worden sind.[4]) Hauptsächlich zwei Punkte

in N. A. IV S. 105; den „Anfang der Ausführung" hält als maßgebend u. a. Tuozzi a. a. O. S. 178.

[1]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 18.

[2]) Das entnehme ich Tuozzi a. a. O. S. 175 a. A.

[3]) Gallet a. a. O. S. 239 Anm. 7 vertritt eine im ganzen richtige Ansicht, wenn er sagt: „Certains auteurs, en France notamment (voir Garraud Traité . . . .), se sont d'ailleurs complètement mépris lorsqu'ils ont rangé Mittermaier parmi les partisans de cette théorie" und unter dieser Theorie diejenige versteht, welche die Scheidung zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit im ursprünglichen Sinne vertritt. In dieser absoluten Fassung möchten wir seine Meinung jedoch nicht ohne weiteres gutheißen. Tatsächlich war die Grundlage der Mittermaierschen Ansicht dieselbe wie die der andern in obiger Anmerkung angeführten Schriftsteller und kann man ihn deshalb ruhig zu diesen stellen. Daß er die Tauglichkeit im Zeitpunkt der Vorbereitung festgestellt wissen wollte, ändert an der Basis nichts.

[4]) Hierher gehören u. A. A.: Garraud a. a. O. S. 398; Rubo, G.S. 1865

Digitized by Google

waren es, gegen die sich die Angriffe auf Mittermaiers Lehre richteten:

1. Die Annahme einer objektiven Gefahr im Verbrechensversuch;[1])

2. die darauf basierende Scheidung in zwei Arten von Untauglichkeit.[2])

III. Den Hauptbekämpfer des Begriffes **„objektive Gefahr"** können wir in der Person v. Buris sehen.[3]) Mit großer Entschiedenheit, mit nie ermüdendem Eifer bestritt er diesem Begriff die Daseinsberechtigung, negierte er ganz allgemein das Vorhandensein einer „objektiven Gefahr" und damit auch den Gefahrbegriff im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs und stellte diesem den seines Erachtens einzig haltbaren Begriff einer „subjektiven Gefahr" gegenüber.[4]) Die v. Buri eigentümliche logische Geschlossenheit seiner Schlußfolgerungen, die überraschende Sicherheit, mit welcher er auftritt, üben allerdings eine anziehende, wenn auch nicht stets überzeugende

XVII, welcher die Unterscheidung als „bedeutungslos" erklärt; Pfenninger a. a. O. S. 785; Binding, Normen II S. 411; Kohler a. a. O. S. 1; Lammasch, Moment obj. Gefährlichkeit S. 21; Klee a. a. O. S. 30, 31; v. Lilienthal a. a. O. S. 29; Eisenmann a. a. O. S. 468; v. Buri in allen seinen Schriften und das R.G. so z. B. E.R. Bd. I: Urteil vom 24. Mai 1880; Geyer, wie aus v. Buris Entgegnung Z. I 1881 S. 183 hervorgeht; Horn a. a. O. S. 343 Anm.; Hälschner, Lehrbuch S. 349; Cohn a. a. O. S. 415, der allerdings nachher mit andrer Terminologie die angefochtene Scheidung selbst vertritt; Gallet a. a. O. S. 249; Saleilles a. a. O. S. 37, 38; hauptsächlich Hertz a. a. O. S. 15, 21, 24, 27, 28, 31, bei dem dieser Gedanke die ganze Schrift durchzieht.

[1]) Mittermaier selbst nimmt in „Beiträge" S. 168ff. noch nicht die Gefährlichkeit als Grund der Strafbarkeit des Versuchs an. Sollte er auch hierin seinen Standpunkt geändert haben? Oder bezieht sich die zitierte Stelle lediglich auf die gefährliche Gesinnung? Jedenfalls wurde aber später die Gefahr als Kriterium in unserem Falle angenommen und relativ untauglich = gefährlich, absolut untauglich = ungefährlich gesetzt. Vgl. z. B. Zachariae I S. 89, 236; Temme S. 177.

[2]) Vgl. unten die Anm. zu § 8 I a. A. Nr. 4.

[3]) Vgl. v. Buri hauptsächlich in G.S. 1888 S. 503ff., ebenso in G.S. 1880 S. 348 und in seinen meisten zitierten Schriften, auch in Z. I 1881 S. 198ff.

[4]) Vgl. v. Buri in G.S. 1880 Bd. XXXII S. 348, wo er von einer „supponierten" Gefahr spricht; derselbe in G.S. 1888 S. 510; so auch Lammasch, Moment obj. Gefährlichkeit S. 12; Finger a. a. O. S. 20ff.

Digitized by Google

Wirkung aus. So sehen wir denn auch, daß seine Theorie, welche allgemein genommen eine große Nachfolge gefunden hat und noch findet, in diesem Spezialpunkte an Anhängern zu verlieren scheint.[1])

Und sind auch wir überzeugt, daß der Begriff der objektiven Gefahr zum mindesten als praktisch brauchbar bezeichnet werden darf, so verdanken wir diese Ansicht den klaren Erörterungen von v. Kries.[2]) Ob aber ein solcher Begriff auch allen logischen Postulaten Genüge zu leisten imstande ist, brauchen wir weiter nicht in Erwägung zu ziehen. Seine praktische Brauchbarkeit möge uns genügen.

Diese aber muß noch etwas näher ins Auge gefaßt werden.

Wenn v. Buri von einer subjektiven Gefahr spricht, so geben wir die Subjektivität des Begriffes insofern zu, als eben jeder Begriff vom Subjekt ausgeht und zu einem Subjekt in Beziehung steht. Dann ist aber auch alles in der Welt subjektiv!

Wenn uns aber v. Buri — z. B. in seinen „Beiträgen" — sagt, daß es unzulässig sein würde, „wenn man sich mit seiner Beurteilung des gescheiterten Versuchs in die Zeit des Beginnes desselben versetzen und Schlüsse auf die Zukunft ziehen wollte," weil man dabei „mit gedachten Faktoren, die sich nicht ereignet hätten" rechnen müßte,[3]) so ist dies unseres Erachtens nicht stichhaltig. Warum soll man mit diesen Faktoren nicht rechnen?

Der Gefahrbegriff ist eine Folge unserer Unwissenheit, er besteht gerade in der von v. Buri verworfenen Abstraktion;[4])

[1]) Das ist wohl aus v. Kries, Z. IX S. 535 zu schließen. Ich betone nochmals, daß wir uns hier nur auf den Punkt der Negierung einer obj. Gefahr beziehen, denn im Ausgangspunkt der Theorie, im Strafgrund für den Versuch stellen sich immer mehr Schriftsteller auf den v. Burischen Standpunkt, welcher den Willen als das maßgebende Kriterium annimmt.

[2]) Vgl. v. Kries, in Z. IX 1889 S. 533ff.; v. Kries, Möglichkeit S. 287ff.; vgl. auch v. Rohlands Schrift über Gefahr im Strafrecht, wo dieser sich speziell gegen die Subjektivisten wendet. Über den Gefahrbegriff sprechen sich noch aus: Havenstein S. 46ff. (neutral.); Hagemann S. 227f., 233ff.; Cohn in seinen im Literaturverzeichnis zitierten Schriften und viele andere.

[3]) Vgl. v. Buri, Beiträge S. 195.

[4]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 289, wie auch seine sehr interessante Schrift im allgemeinen, so S. 291, 292, 294.

Digitized by Google

aber auch nur in dieser. Würden wir alle Bedingungen zu einem Erfolge samt ihren Wirkungen genau kennen, so ließe sich ja leicht die Gefahr negieren, ja es würde sicherlich niemand davon sprechen.[1]) Aus diesen Tatsachen aber folgt, daß v. Buris Ansicht, daß dessen Forderung nach einer ex post Feststellung von dem eben besprochenen Standpunkt aus als petitio principii zurückzuweisen ist.[2])

Der Unterschied der beiden Ansichten zeigt sich aber noch deutlicher an einigen konkreten Beispielen. Jemand, der in der Nähe einer platzendenden Granate gestanden hat, ist nach v. Buri nicht in Gefahr gewesen, wenn nachträglich erwiesen ist, daß ihn kein Splitter getroffen.[3]) Sollte also v. Buri jemals in einem solchen Fall von Gefahr sprechen, so hätte er eine lediglich subjektive Gefahr im Auge, eine, die nur in dem Gesichtsfeld des „Gefährdeten" (im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs!) gelegen hat.[4]) Ebenso müßte v. Buri in Björnsons „Über unsere Kraft" [5]) bei der Sprengung des Schlosses für Holger eine Lebensgefahr negieren, weil ja dieser mit dem Leben davonkommt, während alle übrigen anwesenden Fabrikherren in einer solchen Gefahr gewesen sind, was sich daraus ergibt, daß sie auf dem Platze geblieben sind.

Wir hingegen würden in der Abstraktion vom Erfolge, in

---

[1]) Die Gefahr ist ein „Kind unserer Unwissenheit"; so neuerdings Liepmann Z. XXII 1901/1902 S. 96. Dagegen v. Rohland a. a. O. S. 89.

[2]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 297 ff. — Wenn v. Kries von einer ex post Betrachtung (so S. 298) spricht, tut er dies in anderm Sinne als v. Buri, welcher offenbar annimmt, ex post könne man immer alle Faktoren feststellen, welche die bestimmte Wirkung hervorgebracht hätten, jedenfalls aber sei dann festgestellt, daß es so kommen mußte, daß es nicht anders vorgehen konnte. So lange wir aber nicht ganz genau alle Bedingungen und ihre Wirkungen angeben können, durch welche der Verlauf so und nicht anders geführt werden mußte (so lange uns noch ein „Spielraum" übrig bleibt), so lange kann man auch noch von obj. Gefahr sprechen (vgl. v. Kries a. a. O. S. 298, 299). So auch Klee a. a. O. S. 32; ja selbst Finger in seiner zitierten Schrift gibt zu, daß von Gefahr nur ex ante zu sprechen sei, vgl. S. 19, 23; es geht auch hervor aus S. 32, 33.

[3]) Vgl. auch v. Kries, Möglichkeit S. 292; Cohn a. a. O. S. 264.

[4]) Vgl. v. Buri in G.S. 1880 S. 348.

[5]) Vgl. Björnson, Über unsere Kraft II. Teil 3. Aufzug (2. Auftritt).

Digitized by Google

der ex ante feststellbaren Möglichkeit, in der „allgemeinen Wahrscheinlichkeit", daß auch Holger ums Leben kommen werde, in dem Nichtwissen der Bedingungen, welche im gegebenen Falle wirken und ihn am Leben erhalten, darin würden wir die objektive Gefahr begründet sehen.[1])

Ist aber nicht der ganze Streit ein müßiger? Ist es nicht ein Streit um terminologische Bezeichnungen? Es mag sein![2]) Aber selbst von der Bezeichnung „objektiv" möchte ich nicht ablassen, selbst diese scheint mir gerechtfertigt. „Objektiv" bedeutet so viel als „auf den gegebenen Tatsachen fußend." Ist aber unsere Betrachtungsweise casu concreto etwa nicht dem entsprechend? Die Objektivität liegt eben, wenn wir von Gefahr sprechen, in unserem Wissen. Es wird aus den in der Außenwelt bestehenden Tatsachen der Schluß gezogen, zu welchen Tatsachen hier das allgemein Erkennbare in unserm Wissen, also auch unser Nichtwissen zu zählen ist.

So viel dürfte nunmehr klar geworden sein, daß der Ausgangspunkt bei v. Buri und seinen Gegnern ein grundverschiedener ist. So lange jedoch über diesen Ausgangspunkt keine Einigkeit besteht, wird auch eine Einigung in den übrigen Momenten nicht möglich sein. Und so ist denn auch v. Buris Einwand, daß bei der Unterscheidung von strafbarem und straflosem Versuch durch den Begriff der Gefahr (resp. Untauglichkeit) nichts gewonnen sei, da bei jedem Versuch die Sicherheit bestehe, „daß sich der Täter nicht auf dem richtigen Wege zur Vollendung befunden", 3) zurückzuweisen. Von v. Buris Standpunkt aus „richtig", ist er gegenüber dem „abstrakten" gegnerischen, wie ohne weiteres einleuchten dürfte, unrichtig.

Immerhin dürfte es aber nützlich sein, der versöhnlichen Stimme von v. Kries gebührende Beachtung zu schenken, da die Richtigkeit seiner Äußerung unbestreitbar erscheint. „Wenn wir uns anschicken, aus diesem Resultat der Theorie eine Konse-

---

[1]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 292: „stellt für die Verletzung derselben eine große Möglichkeit dar" (mit Bezug auf das Granatenbeispiel).

[2]) Neuerdings vertritt Langenbach a. a. O. S. 49 diese Ansicht.

[3]) Vgl. v. Buri in G.S. 1867 Bd. XIX S. 67.

Digitized by Google

quenz zu ziehen, so muß zuvörderst betont werden, daß gerade bei dem verbrecherischen Versuch die letzten Grundsätze der rechtlichen Beurteilung sich nicht in einer ohne weiteres selbstverständlichen und unbestreitbaren Weise fixieren lassen, daß es sich hier vielmehr um Prinzipienfragen handelt, welche durch eine rein logische Analyse gar nicht entschieden werden können und für welche wohl überhaupt nicht eine bestimmte Beantwortung als die richtige, jede andere als einfach falsch zu betrachten sein wird".[1])

IV. Zu ganz ähnlichen Ergebnissen wie die Betrachtung der vorangegangenen Frage wird auch die Erörterung jener Einwände führen, welche gegen **die Teilung in relative und absolute Untauglichkeit** vorgebracht worden sind.

Von vielen Seiten wurde die Scheidung kurzerhand verworfen aus dem Grunde, weil sie der Logik widerstreite. „Untauglichkeit" sei ein absoluter Begriff, welcher der Unmöglichkeit entspreche. Was nicht möglich sei, sei aber auch ein für allemal nicht möglich.[2]) „Relative Untauglichkeit" enthalte daher eine contradictio in adjecto. So lauteten übereinstimmend die Einwände der in ihren Konsequenzen so grundverschiedenen rein objektiven und subjektiven Theorien.[3])

Andererseits sei es vollständig gleichgültig, ob die Untauglichkeit von vornherein bestanden habe oder ob sie erst im

---

[1]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 307; ähnlich v. Rohland a. a. O. S. 15, 16: „eine Unterscheidung, welche rein logisch betrachtet vielleicht ohne Belang ist, kann für das Recht von Bedeutung sein".

[2]) So Garraud a. a. O. S. 398: „l'impossibilité existe ou n'existe pas, et si elle existe, elle ne saurait être tantôt relative, tantôt absolue." Gallet a. a. O. S. 249: „l'impossibilité est ou elle n'est pas; voilà la vérité." Hälschner, Lehrbuch S. 349. — Vgl. im übrigen die in Anm. 4 S. 81 und die in der Anm. zu § 8 I a. A. Nr. 4 Zitierten. Die meisten Schriftsteller, die hier in Betracht kommen, verwerfen den Begriff der relativen Untauglichkeit, weil Untauglichkeit etwas von vornherein Absolutes sei. Eisenmann a. a. O S. 466 geht umgekehrt vor und verwirft den Begriff absoluter Tauglichkeit wegen der stets gegebenen Relativität des Mittels. So auch Lammasch, Moment obj. Gefahr S. 21.

[3]) Vgl. in Bezug auf die Objektivisten: Saleilles a. a. O. S. 38; Gallet a. a. O. S. 249ff. und die dort in der Anm. Zitierten. — Betreffend des Resultats der reinen Objektivisten vgl. II. Teil § 2 II S. 67ff., rücksichtlich der Subjektivisten II. Teil § 7ff. S. 138ff.

Digitized by Google

Verlaufe der Ausführung eingetreten sei.[1]) Ja! es sei diese neue Unterscheidung wieder vollkommen unlogisch, denn habe man die Untauglichkeit einmal feststellen können, so habe diese auch stets von vornherein existiert.

Endlich wurde gegen die Mittermaiersche Forderung, die Tauglichkeit im Augenblick der Vorbereitung als entscheidend zu betrachten, erwidert, daß dieses Postulat ohne weiteres verfehlt erscheine, da das Gesetz beim Versuch den „Anfang der Ausführung" zum maßgebenden Zeitpunkt erhoben habe.[2]) Dieser Einwand gibt aber, so richtig er de lege lata auch sein mag, über die Brauchbarkeit der Haupteinteilung nicht den geringsten Aufschluß.

Um allen Anforderungen einer genauen Betrachtung zu genügen, sei aber auch noch darauf aufmerksam gemacht, daß statt der Ausdrücke „relativ und absolut untauglich" öfters — es mag durch obige Einwände bedingt gewesen sein — diejenigen „in concreto" und „in abstracto untauglich" angewendet worden sind. Daß diese beiden Scheidungen nur terminologisch von einander abweichen, braucht nicht näher hervorgehoben zu werden, geht aber andererseits auch aus der Gleichstellung derselben z. B. in Hälschners Lehrbuch klar hervor.[3]) Immerhin ist in der letzten Scheidung, ebenso wie in dem von Saleilles neuerdings gebrauchten Ausdrucke „rétroactivement hypothétique"[4]) ein Fortschritt zu konstatieren, der nicht nur darin besteht, daß jene Schriftsteller der üblen Gewohnheit entsagen, an einmal gebrauchten Termini festzukleben, sondern auch in dem Umstand, daß die neuen Bezeichnungen gleichsam die vorzunehmende Betrachtungsweise in sich enthalten im Gegensatz zum nichtssagenden „absolut und relativ untauglich." Die uns beschäftigende Frage wird ja allerdings auch hierdurch nicht gelöst, es ist aber wenigstens keine contradictio mehr gegeben.

---

[1]) Über diese Punkte vgl. Saleilles a. a. O. S. 38; Gallet a. a. O. S. 249 a. E.

[2]) Vgl. Saleilles S. 37 Abs. 3 a. E.

[3]) Vgl. Hälschner, Lehrbuch S. 349.

[4]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 14.

Digitized by Google

Eine weitere Änderung bestand darin, daß man die Bezeichnung „potentielle Kausalität“ statt „relative Untauglichkeit“ einführte, womit aber nicht nur kein Fortschritt errungen, sondern im Gegenteil ein neuer Widerspruch geschaffen war;[1]) denn logisch sind beide Ausdrücke gleich unhaltbar, obschon ja auch die Bezeichnung potentielle Kausalität in der allein richtigen abstrakten Fassung praktisch wohl brauchbar sein kann.

Ist nun aber die Scheidung Mittermaiers tatsächlich unbrauchbar?

Kann auch zugegeben werden, daß die Möglichkeit, Klarheit in allen diesen Fragen zu erlangen, durch die vielen verschiedenen Nuancierungen wesentlich erschwert worden ist, so wird immerhin der Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit ihre Daseinsberechtigung kaum bestritten werden können, um so weniger als die dagegen geäußerten Bedenken vom praktischen Gesichtspunkte aus nicht unbedingt stichhaltig genannt werden können.

Ein Punkt scheint bei dieser Scheidung aber einer besonderen Betonung zu bedürfen, von der Erfüllung einer Bedingung ihre Brauchbarkeit abzuhängen und diese Bedingung würde darin liegen, daß der Sinn der Differenzierung fest umgrenzt wird.[2]) Tür und Tor wurden bisher den gegnerischen Angriffen durch den Fehler geöffnet, der in der Nichtbeachtung der angeführten Forderung liegt. Wird dagegen dieses Moment gebührend in Rücksicht gezogen, so scheint uns — um dies vorauszunehmen — die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit einem objektiven Standpunkte am besten zu entsprechen.

Es ist eben bei Erörterung dieses Moments nicht außer acht zu lassen, daß die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit selber nicht eine absolute sondern eine

---

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 191 Anm. 3; Gallet a. a. O. S. 233 (wo er sagt, daß die causalité potentielle keine causalité sei); Buri, G.S. 1880 S. 350; Lammasch, Moment obj. Gefährlichkeit S. 7; Holtzendorff, Handbuch S. 291 Bd. II. A. A. Cohn a. a. O. S. 133.

[2]) Diese Ansicht vertritt auch v. Kries, Möglichkeit, im 3. Abschnitt S. 294—299.

Digitized by Google

relative ist. Selbst das, was wir absolute Untauglichkeit nennen, ist nur als in einer bestimmten Relation stehend denkbar. Und konkreter ausgedrückt könnten diese Kriterien wohl dahin zusammengefaßt werden, daß wir dann z. B. von einem relativ untauglichen Mittel sprechen, wenn wir dieses in Beziehung auf eine spezielle (Einzel-) Anwendung betrachten, dann aber sagen, ein Mittel sei absolut untauglich, wenn wir nicht auf die spezielle Ausführung schauen, sondern hiervon abstrahierend, die Relation zu einer Kategorie, zu einer durch die Erkennbarkeit begrenzten Menge von Anwendungen betrachten. Immer ist also die absolute Untauglichkeit Folge einer in uns unwillkürlich gegebenen Relation, wenn auch eben einer Relation zu einer größeren Kategorie[1]) als jener, welche bei relativer Untauglichkeit in Betracht kommt und die sich im Einzelfall erschöpft.

Demnach könnten wir eigentlich, so paradox es auch klingen mag, nur von „relativer absoluter Untauglichkeit" sprechen, und ist hierfür nicht schon ein Indiz darin gegeben, daß der Begriff „Tauglichkeit" in sich eine Relation enthält?

Was gibt uns aber das Recht zu unseren Ausführungen? Wieso sind wir berechtigt, dem Worte „absolut" einen anderen Sinn unterzulegen als ihn die ganz gewöhnliche wörtliche Interpretation erkennen läßt?

Darauf möchten wir antworten, daß uns das Leben, der gewöhnliche Sprachgebrauch dieses Recht geben. Wir kennen eben im Leben nichts Absolutes,[2]) alles ist begrenzt durch unsere beschränkte menschliche Erkenntnis. So ist denn auch bei der absoluten Untauglichkeit die Grenze durch das Gewohnte, Erkennbare gegeben und dann das „Absolute im menschlichen Sinne" vorhanden, wenn eben die Summe der bekannten resp. erkennbaren Relationen dadurch erschöpft wird.

[1]) Scheint mir gerade aus v. Buris Beispiel S. 70, 71 in G.S. 1867 hervorzugehen. Ähnlich wie wir v. Kries, Möglichkeit S. 295 puncto „gefährlich und ungefährlich". Vgl. auch v. Kries, ebenda S. 301, wo er aus obigen Gründen statt absolut „generell" einsetzen möchte. Auch v. Rohland a. a. O. S. 12 sagt: generelle Möglichkeit, wo er generell=abstrakt nimmt. — Später unterscheidet v. Rohland: konkrete, abstrakte und generelle Möglichkeit. Darüber v. R. S. 17; Finger S. 30 Anm. 1.

[2]) Der gleichen Ansicht scheint Kohler a. a. O. S. 27 zu sein.

Digitized by Google

Es muß also darauf besonderes Gewicht gelegt werden, daß prima facie, d. h. solange keine Spezialisierung gegeben ist, jedes absolut untaugliche Mittel auch relativ untauglich sein kann und umgekehrt.

Wir stimmen also vollkommen überein mit dem Ausspruche Lammaschs, daß in abstracto von Tauglichkeit und Untauglichkeit überhaupt nicht gesprochen werden kann, „da dies relative d. h. nur mit Rücksicht auf die im konkreten Falle obwaltenden Voraussetzungen zu beurteilende Begriffe sind.“ [1]) Und so können wir denn auch ruhig die Aussprüche jener Schriftsteller unterschreiben, welche sich gegen das Dasein absolut untauglicher Mittel wenden,[2]) denn auch wir sind der Ansicht, daß es z. B. „ein Mittel an und für sich“ nicht gibt,[3]) daß im Gegenteil jedes Mittel von vornherein nur in einer Relation zu einer bestimmten Ausführung denkbar ist. So sehr dies aber auch gegen den Bestand absolut tauglicher oder absolut untauglicher Mittel „in absolutem Sinne“ spricht, eben so sehr spricht es für die Relativität des Ausdruckes „absolut“.

Aus dem Gesagten scheint mir aber nunmehr ohne weiteres auch die Aufstellbarkeit der besprochenen Scheidung entnommen werden zu können, denn wird diese aufgefaßt, wie sie aufzufassen ist und wie sie allein aufgefaßt werden kann, werden die Kautelen dabei nicht unberücksichtigt gelassen, welche wir hervorgehoben, dann ist sie, obschon wörtlich und streng logisch unbrauchbar, praktisch doch vollkommen genügend.

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gefährlichkeit S. 21.

[2]) So stimme ich überein mit Lammasch, Moment obj. Gef. S. 21 (vgl. dagegen S. 13 a. A.); Gallet a. a. O. S. 255 (ähnlich): „Toute impossibilité est absolue et toujours identique à elle-même. Sortez-vous de l'hypothèse par la supposition d'un changement de circonstances, il n'y a plus que des impossibilités relatives“; v. Lilienthal a. a. O. S. 291; Frank, Lehrbuch 1. Aufl. S. 51: „ja man wird zweifeln dürfen, ob es absolut untaugliche Mittel gibt“; v. Liszt, Z. I 1881 S. 103; Klee a. a. O. S. 31; Horn a. a. O. S. 344 Anm.; Oetker, Z. XVII S. 56; v. Buri, GS. 1867 S. 76, der sich speziell gegen den abstrakt gedachten Erfolg wendet; E.R. Bd. I S. 442: Urteil vom 24. Mai 1880; Holtzendorff, Handbuch II S. 291; Loening S. 50.

[3]) So v. Buri, Z. I 1881 S. 168; derselbe, GS. 1888 S. 523; Gallet a. a. O. S. 268 (geg. Objektivisten); Klee a. a. O. S. 31; Kohler a. a. O. S. 27; Geyer, Z. I S. 34.

Digitized by Google

V. Bevor wir unsere Ausführungen in einem **Schlußurteil** über die praktische Brauchbarkeit der Mittermaierschen Theorie im ganzen zusammenfassen, bevor wir gleichsam das Schicksal der Mittermaierschen Lehre de lege ferenda entscheiden, möchten wir noch **einige nebensächliche Punkte** hervorheben, in denen uns gewisse Mißverständnisse vorzuliegen scheinen.

Daß wir mit streng logischen Erwägungen sehr oft nicht auskommen, daß durch zu logisches Überspannen schließlich alle Begriffe ad absurdum geführt werden können,[1]) das zeigt sich z. B. in der Ansicht v. Buris, der im Versuch von einem Mittel zu sprechen als unrichtig erachtet[2]) und folgegemäß zur Negierung des Begriffes untaugliches Mittel gelangt, da der Begriff „Mittel" eo ipso die Möglichkeit enthalte, das Ziel damit zu erreichen. Diese Argumentation beruht aber auf der irrigen Betrachtungsweise v. Buris, der das Mittel immer nur in Beziehung auf den speziellen gewollten Zweck, auf den Erfolg, ins Auge faßt. Natürlich ist dann kein untaugliches Mittel möglich. Betrachten wir aber nicht das Geeignetsein zum Erfolg, zum bestimmten Zweck, sondern die Möglichkeit in Bezug auf die Ausführung, wobei wieder eine Abstraktion, eine Verallgemeinerung nötig wird, so werden wir auch beim Versuch von tauglichen und untauglichen Mitteln reden können.[3]) v. Buri faßt also offenbar den Begriff Mittel objektiv, in Beziehung auf den Erfolg, gleichsam ex post; während ihn die anderen subjektiv mit bezug auf den Willen des Täters, es zum Erfolg zu gebrauchen, also ex ante auffassen. —

Weiterhin ist hauptsächlich von jenen Schriftstellern, welche sich gegen die Scheidung in Untauglichkeit in abstracto und

[1]) v. Rohland hat Recht, wenn er a. a. O. S. 15 die Ansicht Sigwarts betont, daß die Rechtsbegriffe Zweckbegriffe sind. Ebenso a. a. O. S. 93.

[2]) Vgl. z. B. v. Buri, Z. I 1881 S. 188 a. E., 186, 187.

[3]) Dies halten wohl die meisten aufrecht. Vgl. z. B. Kohler a. a. O. S. 25, wo er von tauglichen Mitteln spricht, offenbar im Gegensatz zu untauglichen. Ersteres wäre nach v. Buri ein Pleonasmus.

Daß es auf die „konkrete Verübungsart" ankomme, sagt uns Meyer, Lehrbuch S. 210 Anm. 33; diese konkrete Ausübungsart ist aber nicht, wie v. Buri es tun würde, im konkreten Fall zu betrachten, sondern verallgemeinernd.

Digitized by Google

in concreto ausgesprochen haben, vorgebracht worden, daß die Unhaltbarkeit der Differenzierung doch am besten daraus ersichtlich sei, daß ein in concreto (also relativ) untaugliches Mittel doch im Versuch stets als absolut untauglich sich erweise.[1]) Wäre die Basis dieses Schlusses richtig, so wäre gegen die Konsequenz nichts einzuwenden möglich.

In dieser scheinbaren Gleichsetzung von relativ und absolut liegt aber der Fehler eben darin, daß man die richtige ex ante Betrachtung mit der v. Burischen ex post Feststellung verquickt, daß man einer abstrakten Betrachtungsweise eine rein konkrete in der gleichen Schlußfolgerung gegenüberstellt; daß man eben absolut hier nicht in dem oben dargelegten Sinne auffaßt. Denn während bei einem relativ untauglichen Mittel naturgemäß von absoluter Untauglichkeit nicht geredet werden kann, d. h die Relation zu einer höheren Kategorie vollständig wegfällt, bedeutet hier das eingeführte ex post festgestellte „absolut" nicht etwa eben diese Relation, sondern eigentlich nichts anderes als „ganz und gar".

Sonst könnte doch die daraus folgende Formel: relativ untauglich = in concreto untauglich = absolut untauglich nur als ein Nonsens par excellence angesehen werden.

Nun aber zum Schluß! Nach all dem Vorausbemerkten müssen wir die Gegner der Mittermaierschen Scheidung bitten, bei einer Kritik dieser eben dargelegten Ansicht die angeführten Prämissen anzunehmen und von da aus ihre Schlußfolgerungen zu ziehen. Kommt man mit vollständig verschiedenen Prinzipien, so ist stets die eine Ansicht gegenüber der anderen als petitio principii zu betrachten und kann dann alles gegenseitig als falsch nachgewiesen werden.[2]) Man könnte

---

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 31; E.R. Bd. I S. 442: Urteil vom 24. Mai 1880. — Über Ähnliches (eigentlich eine Umkehrung) bezüglich des Gefahrbegriffs vgl. Finger a. a. O. S. 32.

Daß diese Gegenüberstellung von „in concreto" und „absolut untauglich" falsch ist, zeigt sich schon darin, daß man statt „absolut" nicht allgemein, „in abstracto" einsetzen könnte.

[2]) Vgl. Schneider a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

solchen Kritikern gegenüber mit Saleilles sagen: „Ils ne voient que la question d'impossibilité et ils déclarent qu'il ne saurait y en avoir deux sortes, en quoi, on l'a vu, ils ont parfaitement raison". Gerade aber durch die Auffassung von „absolut" in einem anderen Sinne als ihn uns die Gegner vorwerfen, sind wir berechtigt, mit Saleilles weiterzufahren: „Dès lors, pourquoi lui reprocher (hier: der Mittermaierschen Theorie) de se mettre en contradiction avec un point de vue qu'elle a repoussé?" [1])

Obschon wir im obigen versucht haben, in einigen wesentlichen Punkten die Mittermaiersche Theorie zu verteidigen, können wir andererseits nicht versäumen, auf deren Schwächen noch kurz aufmerksam zu machen.

v. Buri drückt an verschiedenen Orten die Ansicht aus, daß man sich beim Gefahrbegriff von der Wirklichkeit entferne und zugleich mit der postulierten Abstraktion den Weg zur Willkür betrete; denn eine Grenze der Abstraktion anzugeben sei nicht möglich.[2]) Es muß zugegeben werden, daß dieses Moment der Beachtung wohl wert ist und dies um so mehr, als selbst ein Verteidiger des Begriffes „objektive Gefahr", v. Kries, darauf aufmerksam macht, wie verschiedenartig der Begriff gefaßt werden kann. Denn abstrahiert z. B. jemand mehr als ein anderer, so gelangt er zu einer „Gefährlichkeit im weiteren Sinne",[3]) und will dann dort strafen, wo der erste die Straflosigkeit verteidigen würde. Immerhin möchte uns aber die Möglichkeit, eine brauchbare Grenze zu finden, nicht ausgeschlossen scheinen.[4])

Nach sorgfältiger Abwägung der Vor- und Nachteile von Mittermaiers Theorie können wir uns aber, trotzdem wir an

---

[1]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 43, wo er aber gegen die Gegner der Kassationshofsscheidung spricht.

[2]) Vgl. v. Buri im G.S. 1880 S. 345; derselbe in G.S. 1880 S. 503ff.

[3]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 293.

[4]) Diese Grenze würde darin liegen, daß man eben nach bekannten Fällen, nach dem Gewöhnlichen, Alltäglichen abstrahiert. Ich glaube, daß dieser Gesichtspunkt in der „Erkennbarkeit" liegt, die v. Kries, Möglichkeit S. 304 verlangt.

Digitized by Google

dem Begriff der objektiven Gefahr festzuhalten gewillt sind, trotzdem wir die Scheidung in relative und absolute Tauglichkeit resp. Untauglichkeit in Beziehung auf Mittel und Objekt als eine mögliche betrachten, nur ganz entschieden gegen diese Lehre in toto aussprechen. Ganz abgesehen davon, daß diese Theorie in ihren Grundlagen auf logische Geschlossenheit keinen Anspruch machen darf, hat sie so viele Modulationen durchgemacht, so viele verschiedene Ansichten hervorgerufen, so viele Unbestimmtheit und Unsicherheit in den Begriffen „Tauglichkeit“ [1]) und „Gefahr“ [2]) aufdecken, aber nicht beseitigen helfen, daß hierdurch deren Nichteignung für eine praktische Regelung genügend klar dargelegt sein sollte. Wollte man sie aber trotzdem dazu gebrauchen, so wäre die Aufstellung von Kautelen unbedingt nötig;[3]) solche aber sind wiederum einem Gesetz stets nachteilig, da sie dem Richter oft nicht gestatten, die Verhältnisse des Lebens so zu nehmen, wie sie tatsächlich sind.

Ein Grund würde jedoch zur Abweisung obiger Theorie für uns schon allein entscheidend sein und dieser liegt darin, daß wir den objektiven Ausgangspunkt für verfehlt halten und selber dem entgegengesetzten huldigen. — Doch davon später.

II. Kapitel.

„Gemischte“ Theorien.

§ 4. Kohler.

I. Zu der Zeit, da in Deutschland die rein objektive Lehre ihre wenigen Anhänger verloren,[4]) die objektive Theorie Mitter-

[1]) Eine solche Unbestimmtheit mit Bezug auf die Scheidung der Tauglichkeit zeigt sich in der Annahme eines Zwischengebietes, welches weder zur relativen noch zur absoluten Untauglichkeit zu zählen wäre, durch Berner. Vgl. Lehrbuch S. 145. Ebenso v. Kries, Z. I S. 534; Möglichkeit S. 308. — Eine scharfe Grenze ist allerdings nicht möglich, ein Grund mehr gegen die praktische Brauchbarkeit der Theorie in toto.

[2]) Vgl. darüber v. Kries, Möglichkeit S. 300, 306 Anm. 1, 307.

[3]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 294; Mittermaier gibt auch solche Kautelen an in G.S. 1859. Vgl. auch Baumgarten S. 244 Anm. 53.

[4]) Vgl. auch darüber Saleilles a. a. O. S. 30.

Digitized by Google

maiers[1]) aber, obschon noch vielfach vertreten, auch im Rückgang begriffen zu sein scheint, zu dieser Zeit ist das Auftauchen einer neuen Richtung, der gemischten Theorien, zu konstatieren, welche als ein lebenskräftiger Zweig am Baume des untauglichen Versuchs betrachtet werden können. Diese neuen Theorien vertreten nämlich den recht glücklichen Gedanken, die Lösung der uns beschäftigenden Frage in einer Verbindung objektiver und subjektiver Kriterien zu suchen, und zwar verteidigen sie diese Zusammensetzung nicht nur de facto, sondern mit Wissen und Willen.

Aber auch hier kann natürlicher Weise wieder ein Unterschied gemacht werden je nach dem Überwiegen des subjektiven oder objektiven Ausgangspunktes, obschon alle bis jetzt aufgestellten nennenswerten Theorien, so diejenigen von Kohler, Klee, v. Liszt, vom objektiven Gesichtspunkte ausgegangen sind.[2])

Kohler sieht nun den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, wie schon viele vor ihm, in der Gefahr, abweichend aber von seinen Vorgängern nicht in der Gefährdung eines Rechtsgutes, sondern in der Gefährdung der Rechtsordnung, da nur auf diese Art „die soziale Gefahr des Deliktes“ in richtiger Weise beachtet werde.[3]) Diese Gefährdung der Rechtsordnung ist aber nur dann gegeben, wenn ein individualisierter, ein objektivierter Wille vorliegt,[4]) der dem „Naturkausalismus“[5]) entsprechend vorgehen will, also ein „Kausalwille“.[6]) Mit einem solchen

---

[1]) Mittermaiers Theorie wird oft schon zu den gemischten gezählt. Vgl. auch Saleilles a. a. O. S. 12.

[2]) Es ist sicher falsch, wenn Garofalo, Kriminologie S. 340 und Tuozzi a. a. O S. 176 die Theorie von v. Liszt zu den subjektiven zählen. Dieser Irrtum kann nur in der allzu starken Beachtung der in einigen Fällen durch v. Liszts Theorie zugelassenen Strafbarkeit selbst des absolut untauglichen Versuchs eine Erklärung finden. Da aber die Gefahr in dieser Lehre die Hauptrolle spielt, ist sie als objektive anzusehen. —

[3]) So Kohler a. a. O. S. 20, 22.

[4]) Kohler a. a. O. S. 11 und 17.

[5]) So Kohler a. a. O. S. 11.

[6]) Vgl. Kohler S. 26.

Digitized by Google

Kausalwillen ist aber sodann eo ipso der von Kohler in den Vordergrund gestellte taugliche Plan verbunden.[1])

Hieraus ist also zu entnehmen, daß die drei Kriterien, Gefährdung der Rechtsordnung, dem Naturkausalismus entsprechend objektivierter Wille und tauglicher Plan eigentlich ein und dasselbe bedeuten, und gerade in dieser Terminologie zeigt sich die Mittelstellung der Theorie zwischen Subjektivismus und Objektivismus. Einen Blick auf andere Theorien werfend, könnte daher darauf aufmerksam gemacht werden, daß Kohler bei der Objektivierung des Willens weder eine Objektivierung im Sinne der später zu betrachtenden v. Burischen Vergegenständlichung, noch ein Geeignetsein im Sinne der reinen Objektivisten im Auge hat, denn v. Buri beachtet den Naturkausalismus bei diesem Kriterium nicht im geringsten, der reine Objektivismus sieht aber das maßgebende Moment nicht im tauglichen Plan, sondern in der Tauglichkeit der konkreten Ausführung. Gerade dieser taugliche Plan deutet aber wiederum darauf, daß bei Kohlers Theorie die Eignung nicht nur abstrakt aufzufassen, sondern auch im Moment der Vorbereitung festzustellen ist.[2])

Zusammenfassend kann also Kohlers Ansicht dahin präzisiert werden: die absolute Strafbarkeit des Versuchs wird durch die Tauglichkeit des Planes — darin liegen ja sowohl die Gefährdung der Rechtsordnung als der Kausalwille — bedingt. Kann die Frage: „ist ein solches Mittel oder Objekt gewählt, daß, wenn das Mittel, welches sich der Täter vorgestellt hat, das Objekt, welches sich der Täter vorgestellt hat, getroffen hätte, nach den Regeln der Naturordnung der Erfolg

---

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 25. Auf den Plan haben schon vor Kohler in gleichem oder ähnlichem Sinn hingewiesen: Gretener, Russ. Entwurf S. 174 bezüglich des Mittels; Bar a. a. O. S. 19, 26 für den Versuch mit tauglichen und untauglichen Mitteln; v. Kries a. a. O. S. 300, 301 (ähnlich wie Kohler). Anklänge finden sich bei Cropp, vgl. hierzu Rubo in G.S. 1865 Bd. XVII S. 19ff. Später spielt der Plan noch eine Rolle bei Klee a. a. O. S. 33ff.; Horn a. a. O. S. 344.

[2]) Darauf deutet auch Kohler S. 28 Abs. 1 hin, wenn er den Plan in Gegensatz zur Ausführung setzt.

Digitized by Google

eingetreten wäre?“ [1]), kann diese Frage bejaht werden, so ist zugleich die Möglichkeit der Verhängung einer Strafe bejaht.

Die unmittelbaren Folgen der von Kohler gebrauchten Kriterien sind nun folgende:

1. Es scheiden alle jene Fälle, in denen der Wille etwas harmloses, indifferentes ist, aus dem Gebiete des strafbaren Versuchs aus, da ja in diesen keine Gefahr für die Rechtsordnung konstatiert werden kann. Der Wille kann allerdings möglicherweise auch hierbei auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtet sein, da er aber dem Naturkausalismus nicht entspricht, ist er trotzdem nicht als „deliktuos“ anzusehen.[2])

2. Ist jedoch einmal ein „deliktuoser Wille“ d. h. ein „Kausalwille“ gegeben, so ist, wie gesagt, da dann die Tauglichkeit des Planes nicht mehr in Frage steht, auch die Strafbarkeit des Versuches festgestellt. Die Untersuchung der Tauglichkeit in concreto, der Tauglichkeit oder Untauglichkeit der speziellen Ausführung würde dann die Entscheidung über den Umstand herbeiführen, ob wir es mit einem „gewöhnlichen“ oder einem „untauglichen“ Versuch zu tun haben.[3])

II. Die weiteren Folgerungen aus der Kohlerschen Lehre betrachtend, werden wir nun zunächst auf deren **Vorteile** eingehen, von welchen einer gleich in der Basis der Theorie festgestellt werden kann. Das neu eingeführte Kriterium einer Gefährdung der Rechtsordnung ist als entschiedener Fortschritt zu betrachten,[4]) ermöglicht es doch eine bedeutende Erweiterung des beim Versuch strafbaren Gebietes und tritt es

---

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 31 a. E.; daß der Plan so zu fassen ist, wie ihn sich der Täter vorgestellt hat, sagt uns Kohler auch a. a. O. S. 27.

[2]) Darüber Kohler a. a. O. § 3; Saleilles a. a. O. S. 36. Vgl. auch unsere Ausführungen S. 101.

[3]) Hierüber vgl. z. B. Kohler a. a. O. S. 25 ff.

[4]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 20; Saleilles a. a. O. S. 34, 35, wo er dieses „trouble social“ näher analysiert; v. Bar a. a. O. S. 12, der aber offenbar die Gefahr für die Rechtsordnung erst im Angriff auf ein Rechtsgut sieht.

Gefahr für ein Rechtsgut verlangen: Klee a. a. O. S. 38; Oetker, Z. XVII S. 57, 59; Goldschmidt a. a. O. S. 59 (er nennt Kohlers Theorie: ideelle Gefährdungstheorie); Eisenmann a. a. O. S. 466. Vgl. auch die Verbindung beider Gesichtspunkte bei Mittermaier in G.S. 1859 S. 424 V.

Digitized by Google

doch, wie Kohler hervorhebt, dem Grundgedanken des Strafrechts bedeutend näher, als die Gefährdung eines Rechtsgutes, welche bisher meistens verlangt wurde.[1])

Sodann ist durch die Hervorhebung des tauglichen Planes, durch die hieraus resultierte Notwendigkeit, die Tauglichkeit fürderhin nur noch in concreto d. h. im konkreten Plan festzustellen,[2]) die Möglichkeit gegeben, eine so schwierige Scheidung, wie jene in absolute und relative Untauglichkeit zu umgehen. Außerdem ist durch eben dieses selbe Moment, welches ja auch die Feststellung der Tauglichkeit des Mittels oder Objektes der konkreten Ausführung beiseite setzt[3]), die bis heute unklare Unterscheidung in Versuch und Mangel am Tatbestand vollständig überflüssig geworden.

Diesen nicht geringen Vorteilen möchten wir aber noch einen hinzufügen, nämlich die Aufstellung von Kohlers „Äquivalentenlehre".[4]) Hierauf müssen wir aber noch mit einigen Worten eingehen, zeigt sich doch in dieser Lehre gerade die immer noch hohe Wertung objektiver Momente.

Ist der Plan subjektiv und objektiv tauglich, die Ausführung in concreto aber nicht, so kann über die zutreffende Entscheidung kein Zweifel herrschen.[4])

Wie steht es aber, wenn die Auffassung des Täters von der konkreten Entwickelung des Planes im einzelnen irrig ist? Wie ist dann zu entscheiden, wenn der Täter den Plan für untauglich hält, die Objektivität ihn aber im Gegensatz dazu als tauglich erweist.[5])

Darauf antwortet nun Kohler, daß dann, wenn die Ent-

---

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 21; Saleilles a. a. O. S. 35.

[2]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 27; Saleilles a. a. O. S. 36.

[3]) Vgl. auch Saleilles a. a. O. S. 35: „peu importe l'efficacité des moyens". S. 36 a. A.: „le trouble causé ne dépend ni de la relation existant entre l'objet et les moyens qui le visent, ni de l'existence même de l'objet ou de l'efficacité des moyens."

[4]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 28ff.

[5]) Es kann dieser Fall, auf den sich die folgende ein objektives Moment einführende Antwort mit bezieht, nur den dolus eventualis im Auge haben. Würde der Täter ohne weiteres den Plan für untauglich halten, so wäre ja gar kein Wille möglich.

Digitized by Google

wickelung der Tat wesentlich von jener anderen vorgestellten Entwickelung abgewichen, welche der Täter bei seinem Plan vorgesehen, daß dann der Erfolg jenem nicht zugerechnet werden dürfe,[1]) daß aber bei geringer Abweichung der Erfolg dem Täter zuzurechnen sei, da eben in diesem Fall die Äquivalente in ihre Rechte träten und dadurch die Entwickelung korrigiert, neutralisiert würde.[2])

Ist es schon auf den ersten Blick einleuchtend, daß mit diesem Kriterium nur eine sehr schwankende Grenze gezogen werden kann, so wird durch ein Beispiel noch klarer bewiesen werden, daß die Entscheidung in solchen Fällen sehr verschieden ausfallen möchte. Ob z. B. der Fall: „A. gibt B. Zucker, indem er Zucker für Gift hält; B. aber ist zuckerkrank, und der Zucker setzt sein Leben in größte Gefahr", ob dieser Fall von jedermann mit Kohler dahin entschieden würde, daß A. nicht bestraft werden könne, weil er einen auf die normale Gesundheit einwirkenden Stoff gebrauchen wollte, der Stoff aber im Gegenteil ganz anormale körperliche Prozesse unterstützt habe, ist mir zum mindesten zweifelhaft.[3]) Es wird daher auch kaum angängig sein, diese Äquivalentenlehre einer praktischen Regelung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs einzuverleiben. Immerhin ist aber schon deshalb ein Fortschritt darin zu sehen, weil diese Lehre einen Versuch darstellt, jener Strömung sich anzupassen, auf die wir schon weiter oben aufmerksam machten, jener Tendenz, welche das Gebiet des strafbaren Versuchs möglichst erweitern will, und welche allein den Anforderungen einer zweckgemäßen Prävention entspricht.

Zum Schlusse dieser Darlegungen sei denn auch noch darauf hingewiesen, daß Kohlers sehr anregende Ausführungen von zahlreichen Beispielen begleitet sind,[4]) deren Entscheidung man im wesentlichen — wenn man die Kohlersche Theorie akzeptiert — gutheißen kann. Da uns aber der Rahmen dieser Arbeit

---

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 29, 30.

[2]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 28.

[3]) Weitere Fälle siehe bei Kohler a. a. O. S. 29, 30.

[4]) Vgl. Kohler a. a. O. § 8 S. 32ff. in welchem er eine ganze Reihe sorgfältig ausgewählter, lehrreicher und interessanter Beispiele anführt.

Digitized by Google

nicht gestattet, näher auf diese einzugehen, sei ihrer Bedeutung durch diesen Hinweis Genüge geleistet. Immerhin mag unser Erstaunen darüber ausgedrückt werden, daß Kohler jemand, der sich in Notwehr befindet, es aber nicht weiß und in dieser Lage seinen Gegner tötet, für strafbar zu halten scheint. Unseres Erachtens wäre hier Straflosigkeit wegen Vorliegens eines Strafausschließungsgrundes auszusprechen.

Kohlers entgegengesetzte Entscheidung scheint denn auch lediglich als strikte Konsequenz seines prinzipiellen Standpunktes aufgefaßt werden zu müssen.[1])

III. Den eben hervorgehobenen Vorzügen von Kohlers Theorie stehen aber mannigfache Nachteile gegenüber, **Nachteile,** die von unserem Standpunkt aus beurteilt einerseits auf prinzipielle Meinungsverschiedenheiten zurückzuführen sind, andererseits auf rein praktischen Gesichtspunkten beruhen. Nehmen wir die letzteren voraus, so wäre zunächst, um dort anzuschließen, wo wir eben endeten, darauf aufmerksam zu machen, daß die Äquivalentenlehre sich, so sehr sie prinzipiell einen Fortschritt darstellt, praktisch wohl als unbrauchbar erweisen dürfte. Andererseits beweist uns auch Kohler keineswegs, warum nur der gefährliche Versuch strafbar sein soll, sondern er nimmt diese Prämisse als feststehend an.[2]) Wir müssen uns jedoch von unserem weiter unten darzulegenden Gesichtspunkt aus gegen die Gefährlichkeit als maßgebendes Kriterium des strafbaren Versuchs aussprechen. Würde Kohler die verlangte Gefährdung lediglich im objektivierten Willen sehen, so wäre dem Kinde allerdings mit dem Ausdruck „Gefährdung" ein undeutlicher Name gegeben, wir würden jedoch mit Kohler ganz übereinstimmen.[3]) Und würde er an der Objektivierung festhalten, wie er sie pag. 17 aufstellt, so könnten wir gegen die Richtigkeit seiner Ansicht nichts einwenden: „Ihr Wesen (sc. der Objektivierung) besteht (vielmehr) darin, daß der

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 37.

[2]) So auch Saleilles a. a. O. S. 34: „il faut que la société soit atteinte pour qu'elle entre en scène et, tant que le danger n'apparaît pas, elle est hors de cause".

[3]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 16 a. E., 17 u. unsere Ausführungen II. Teil § 10.

Digitized by Google

Wille mit seiner individuellen Eigenart in der Tat seinen Ausdruck gefunden hat, in der Tat, sei es, daß sie einem dritten Beschauer sofort erkennbar ist, oder daß sie nur erkennbar wird, wenn man den Täter durchsucht, — denn das wesentliche ist, daß der Wille sich in Tat umgesetzt hat. Und die wesentliche Umsetzung muß soweit gediehen sein, daß die delikticische Bestrebung bereits in ihrer individuellen Gestalt zur Ausprägung gelangt ist. Es genügt ein Rohbild der Tat; aber das Rohbild muß bereits die Züge der Tat zeigen."[1])

Hiermit gelangen wir aber zum Hauptpunkte der vorliegenden Erörterungen, gleichsam zur Interpretation der oben gegebenen Definition der Objektivierung, zu einem neuen objektiven Moment in Kohlers Theorie, zu jenem Moment, in welchem er eigentlich die Gefährdung, die Individualisierung und Objektivierung des Willens sieht, zu jenem Kriterium, welches erst den Willen zum deliktuosen macht — der Anpassung an den Naturkausalismus. Hier sei aber gleich gesagt, daß wir nicht imstande sind, die Notwendigkeit dieses Kriteriums einzusehen. Deliktuos ist doch jeder Wille,[2]) der auf den rechtswidrigen Erfolg, auf die Summe der Tatbestandsmerkmale gerichtet, diesen Erfolg in der Außenwelt anstrebt. Daß dieser Wille auch noch dem Naturkausalismus entspreche, fordert das Strafrecht nicht. Das Strafrecht unterscheidet nicht zwischen deliktuosem und nicht deliktuosem Willen, welche, **beide** auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtet, sich durch die Anpassung resp. Nichtanpassung an den Naturkausalimus unterscheiden. Wenn A. auf dem Boden der Mutter Erde spazieren gehen will in der Meinung, daß jedesmal ein Antipode auf der anderen Hemisphäre in die Luft fliege,[3]) so ist hier — fängt jemals A. mit der vermeintlichen Ausführung seines Planes an — deliktuoser Wille gegeben, und A. ist im Prinzip strafbar,[4]) ob-

[1]) Kohler a. a. O. S. 17.

[2]) Von „nicht deliktuosem Dolus" zu sprechen, ist doch unrichtig? Vgl. Kohler a. a. O. S. 11.

[3]) Beispiel aus Kohler a. a. O. S. 43.

[4]) Vorausgesetzt natürlich, daß die genügende Objektivierung (in unserem Sinn) gegeben ist.

Digitized by Google

schon er hier einen Willen kundgibt, der sich in der Objektivierung als dem Naturkausalismus vollständig entgegengesetzt offenbart. Mir scheint bei Kohler eine unrichtige Auffassung des Willens hier im Spiele zu sein; der Wille geht doch auf den Erfolg und nicht nur auf die Muskelbewegung, die Handlung ohne rechtliche Qualifikation. Gibt A. einem anderen Zucker in der Meinung, daß der Zucker in der betreffenden Menge tötlich wirke,[1]) so ist doch verbrecherischer, „deliktuoser", strafrechtlich relevanter Wille gegeben, denn der Wille geht eben auf die Tötung und nicht auf das Geben des Zuckers allein, an und für sich, obschon ja dieses naturgemäß das allein Sichtbare, also primär Feststellbare ist! Ist der Wille objektiviert in dem Sinne, daß eine Brücke zwischen Wunsch (Vorstellung) und Erfolg gegeben, so ist es vollkommen gleichgültig, ob diese Brücke in der Natur möglich ist oder nicht.[2])

In dem Verlangen eines Kausalwillens von seiten Kohlers können wir nur den Versuch sehen, ein Kriterium einzuführen, durch welches die altberühmten Fälle wie „Totbeten" etc. ohne Mühe ausgeschieden werden, nicht aber ein Moment, welches im Strafrecht begründet wäre, da dieses auch einen Willen, der nicht der Naturkausalität entsprechend vorgeht, als verbrecherischen betrachtet.

Wenn Kohler aber sagt: „Das Recht hat auch vollkommen Recht, daß es sich um derartige „unschädliche" Willensregungen nicht kümmert,"[3]) so kann dem nur voll zugestimmt werden. Das Recht postuliert die Straflosigkeit jedoch nicht aus dem Grunde, weil der Wille nicht dem Naturkausalismus adäquat vorgegangen ist, sondern es kann bei seiner Entscheidung nur kriminalpolitische, positivrechtliche Gesichtspunkte walten lassen. Davon weiter unten!

Schon hier sei aber im Anschluß an einige Kohlersche Äußerungen bemerkt, daß die Subjektivisten, welche sein oben besprochenes Kriterium nicht annehmen, trotzdem nicht ge-

---

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 12.

[2]) Dieses Bild ist von Kohler gebraucht a. a. O. S. 26.

[3]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 14.

Digitized by Google

zwungen sind, nur den verbotenen Wunsch oder das „lahme Wollen“[1]) zu strafen, denn auch ohne das Moment der Anpassung an den Naturkausalismus bleiben, sobald man nicht den reinen Willen, sondern einen im v. Burischen Sinne objektivierten zur Grundlage der Theorie macht, Gedanke und Wunsch straffrei. —

Werfen wir, am Schlusse angelangt, einen Rückblick auf die Kohlersche Theorie als Ganzes, so würden wir prima facie Kohler vollkommen zustimmen, wenn er beim strafbaren Versuch: „Individualisierung durch die Tat und die nötige Energie, den nötigen Sättigungsgrad des Wollens“ verlangt. Da er aber das Wollen in der bekannten Weise individualisiert haben will, und wir ihm in diesem Punkte nicht folgen können, sondern im Gegensatz zu seiner Objektivierung im großen und ganzen der Burischen Folge leisten, so sind wir gezwungen, die theoretisch sehr interessante und in ihren Konsequenzen meist zweckmäßige Theorie Kohlers in ihrer Grundlage und daher im ganzen zu verwerfen. Für eine praktische Regelung wäre diese auch dadurch nicht geeignet, daß sie durch die beim tauglichen Plan eine korrigierende Rolle spielenden, der richterlichen Willkür aber dessen ungeachtet freien Spielraum lassenden Äquivalente feste Kriterien zur Abgrenzung zu geben nicht imstande ist.[2])

§ 5. Klee.

I. Als eine Theorie, welche, offensichtlich durch Kohlersche Gedanken beeinflußt, dessen Lehre in manchen Punkten zum Vorbild und zur **Grundlage** genommen hat, stellt sich uns diejenige von **Klee** dar.

Klee sieht den Grund der Strafe überhaupt mit vollem Recht in der Notwendigkeit der Strafe gegeben,[3]) leitet dagegen beim Versuch die Berechtigung zu strafen analog wie Kohler

---

[1]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 26; ob neben Wollen noch ein Wunsch gegeben, ist natürlich gleichgültig. Vgl. dazu Kohler a. a. O. S. 13, 26.

[2]) Vgl. dafür das Beispiel bei Kohler S. 28 a. E.

[3]) Vgl. Klee a. a. O. S. 13.

Digitized by Google

aus der Gefährlichkeit der Handlung ab.[1]) Auch Klee hält also an dem objektiv tauglichen Plan als maßgebendem Kriterium für die Strafbarkeit des Versuches fest,[2]) an dem Plan, welcher, schon lange vor Kohler in dem soeben hervorgehobenen Sinne verwendet, in der letzten Wandlung von Mittermaiers Theorie in dieser Stellung eigentlich schon klar zu Tage tritt.[3]) Auch Klee verlangt zur Strafbarkeit des Täters die objektive Möglichkeit der im Kopfe desselben, also subjektiv, als möglich vorgestellten Einwirkung eines bestimmten Mittels auf ein bestimmtes Objekt, mit andern Worten, die Möglichkeit des Erfolges in der Objektivität, in der Natur, also die dem Naturkausalismus entsprechende Objektivierung des Willens, die diesem adäquate Struktur des Planes.[4]) Aber auch bei Klee ist diese Eignung der Handlung zum Erfolge, analog wie bei Feuerbach, Kohler, v. Liszt u. AA. nur abstrakt zu fassen, und außerdem hat auch für dessen Theorie die Erweiterung Kohlers und Mittermaiers volle Geltung, nämlich: daß die Tauglichkeit im Moment der Vorbereitung festzustellen sei. Nach alledem kann wohl der neuen Theorie die nahe Verwandtschaft mit der Kohlerschen, ja in manchen Punkten sogar mit der Mittermaierschen nicht bestritten werden.

Spielt aber auch bei Klee der Naturkausalismus die schon bei Kohler hervorgehobene, die Strafbarkeit einschränkende Rolle, so wird die Einschränkung eine ungleich größere, wenn wir jenes Moment ins Auge fassen, welches die neue Theorie von ihrem Vorbild trennt: das neuerdings wieder aufgenommene Postulat einer Gefährdung für ein Rechtsgut.[5]) Denn ge-

---

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 19. Spricht er hier von Wahrscheinlichkeit, so ist dies nicht ganz genau. Wahrscheinlichkeit meint er hier im Sinne einer „allgemeingültigen Wahrscheinlichkeit", sonst könnte er sie nicht der Gefährlichkeit gleichstellen. Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 289; v. Rohland a. a. O. S. 1 hingegen, der die Ausdrücke Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit promiscue braucht. —

[2]) Vgl. Klee a. a. O. S. 33.

[3]) Vgl. unsere Anm. 1 S. 96; dazu über Mittermaier: Saleilles a. a. O. S. 16, 32, 33.

[4]) So Klee a. a. O. S. 33ff., 36.

[5]) Vgl. Klee a. a. O. S. 37, 38, 40.

Digitized by Google

nügt es Kohler, daß die Rechtsordnung gefährdet sei, und liegt jedesmal in dem tauglichen Plan auch eo ipso diese verlangte Gefährdung, so muß nach Klee eben dieser Plan oder mit andern Worten der Kausalwille die Gefährdung eines bestimmten Rechtsgutes enthalten, um überhaupt strafbar werden zu können.

Der „deliktuose" Wille wäre also auch hierbei genau zu gleicher Zeit feststellbar wie in Kohlers Theorie, die Möglichkeit, diesen Willen zu strafen, würde jedoch erst mit der wirklichen Gefährdung eines Rechtsgutes eintreten. Es ist also kurz gesagt ein objektives Moment mehr in Klees Theorie eingeführt worden, als solche in Kohlers Lehre enthalten sind.

Haben wir uns aber schon bei Kohler gegen eines jener objektiven Momente, nämlich dessen bestimmt gefaßte Objektivierung des Willens, gegen die Forderung eines dem Naturkausalismus adäquat vorgehenden Willens ausgesprochen,[1]) so können wir uns hier, wo dieses Postulat wiederholt wird, mit einem Hinweis auf das an obiger Stelle Gesagte begnügen. Noch viel entschiedener müssen wir uns aber gegen die von Klee postulierte Gefährdung eines Rechtsgutes aussprechen, gegen ein Kriterium, welches, wie später erwiesen werden soll, nur zu kriminalpolitisch verwerflichen Konsequenzen führen kann!

Warum verlangt aber Klee eine Gefahr für ein Rechtsgut? Warum hält er nicht an der Gefährdung für die Rechtsordnung fest? Offenbar darum, weil er eine Gefährdung und Verletzung der Rechtsordnung in abstracto für unmöglich hält.[2]) Er geht dabei wahrscheinlich von der falschen Ansicht aus, daß die Rechtsordnung gleich der Summe der Rechtsgüter aufzufassen sei,[3]) eine Ansicht, die selbst bei der von ihm benutzten Parallele vom menschlichen Körper, den er dann als

---

[1]) Vgl. unsere Arbeit S. 101 ff.

[2]) Vgl. Klee a. a. O. S. 40, wo er Kohler gerade diesen Umstand, eine „Verletzung und Gefährdung der Rechtsordnung in abstracto" anzunehmen, zum Vorwurf macht.

[3]) Vgl. Klee a. a. O. S. 38 und 40. Die Rechtsordnung könne nur durch Gefährdung oder Verletzung eines konkreten Rechtsgutes gefährdet oder verletzt werden.

Digitized by Google

die Summe der einzelnen Glieder auffassen müßte, nicht ohne Vorbehalte richtig zu nennen wäre. Es wird doch zugegeben werden müssen, daß der menschliche Körper gefährdet sein kann, ohne daß ein bestimmtes Glied gefährdet ist. Welches Glied ist z. B. in Gefahr, wenn jemand in der Nähe eines explodierenden Dampfkessels steht? Um aber auf die Rechtsordnung zurückzukommen, so wäre jene oben diesbezüglich angeführte Ansicht sicher falsch, und daher ist auch unseres Erachtens eine Gefährdung und Verletzung der Rechtsordnung in abstracto sehr wohl möglich, nur muß dabei allerdings noch berücksichtigt werden, daß hier zwischen Verletzung und Gefährdung unterscheiden zu wollen, ein Fehler wäre. Jede Gefährdung der Rechtsordnung enthält eo ipso deren Verletzung. Und so ist auch die Ansicht Kohlers aufzufassen, wenn er von Gefährdung der Rechtsordnung spricht, während man aus Klees Erörterungen zu einem falschen Schluß bewogen werden könnte.

So viel über diesen Punkt! Sollten jedoch die obigen Ausführungen auf Widerspruch stoßen, so sei uns hier eine kurze Verweisung auf manche Polizeidelikte noch gestattet. Wie oft ist in solchen Fällen kein Rechtsgut gefährdet, die Strafe aber tritt doch ein. Warum? Weil offenbar die Rechtsordnung in dem Umstand gefährdet war, daß ein Rechtsgut hätte in Gefahr sein können. —

Zu all diesen Kriterien, die Klees Absicht, das Gebiet des strafbaren Versuches möglichst einzuschränken, klar hervortreten lassen, muß aber noch die Tatsache hinzugerechnet werden, daß Klee die allerdings schwankende Äquivalentenlehre vollständig beiseite gelassen hat.[1]) Daß damit eine weitere Einschränkung den oben angeführten hinzugefügt wird, dürfte als argumentum a contrario aus den zu Kohler gepflogenen Erörterungen genügend klar hervorgehen. Denn dort, wo Kohler einen billigen Ausgleich zwischen Strafbarkeit und Straflosigkeit zu statuieren sich bemüht, dort, wo dieser bestrebt ist, Fälle, die nach allgemeiner Anschauung bestraft werden sollen auch der Strafmöglichkeit zu unterwerfen, dort müßte offenbar nach

---

[1]) Über diese Lehre vgl. Kohler a. a. O. S. 28; unsere Arbeit S. 98, 99.

Digitized by Google

Klee Straflosigkeit eintreten. Es ist also eine Tendenz, welche die neuere Literatur unverkennbar aufweist, jene Tendenz, auf die wir schon zu verschiedenen Malen hinzuweisen Gelegenheit hatten, vollständig unberücksichtigt gelassen. Kann Klee hieraus nicht gerade ein Vorwurf gemacht werden, so möchten wir andererseits nicht einen Vorzug seiner Theorie darin sehen. Im Gegenteil! Wir wollen auf diesen Punkt allzugroßes Gewicht nicht legen; will man aber einmal im Prinzip von der Gefahr ausgehen, so sollte doch für Kriterien gesorgt werden, welche das Feld der Repression möglichst groß gestalten und damit auch die zweckgemäße Prävention gegen Straftaten ermöglichen. Solche Kriterien sind aber gerade die Kohlersche Gefährdung für die Rechtsordnung einerseits, die Äquivalentenlehre andrerseits. Es soll hier nicht etwa im Gegensatz zu oben Gesagtem die Äquivalentenlehre empfohlen werden. Klee gegenüber können wir aber den Gedanken nicht unterdrücken: „Besser jenes als nichts!“ —

Bevor wir aber nunmehr auf die einzelnen Versuchstypen eingehen, sind wir genötigt, sowohl in terminologischer als sachlicher Beziehung auf eine Neueinteilung Klees innerhalb des untauglichen Versuchs aufmerksam zu machen, aus welcher Neueinteilung folgende Arten dieses Versuchs hervorgegangen sind:[1])

1. der Versuch mit untauglichen Mitteln,[2])
2. der Versuch am nicht existierenden Objekt und der Versuch am nicht vorhandenen Objekt,[3]) und
3. der Versuch am untauglichen Objekt — im engern Sinne, wie wir beifügen möchten —, bei welchem der Wille irrigerweise das Vorhandensein eines die Deliktsqualität der gewollten und vollendeten Handlung bedingenden Tatbestandsmerkmals annimmt.[4])

Erläuternd wäre hierzu vorläufig nur zu bemerken, daß dem bisherigen juristischen Sprachgebrauch gemäß unter Versuch

---

[1]) Vgl. Klee a. a. O. Kap. V. a. E. S. 25.
[2]) Vgl. Klee a. a. O. S. 30 ff.
[3]) Vgl. Klee a. a. O. S. 37 ff.
[4]) Darüber Klee a. a. O. S. 25 u. 26 ff.

Digitized by Google

am untauglichen Objekt — fügen wir nun „im weiteren Sinn“ hinzu — eine Verbindung von Nr. 2 und 3 verstanden worden ist.[1]) Die neue Terminologie mag ja allerdings bei Nr. 2 berechtigt sein, denn es kann nicht bestritten werden, daß dort der Ausdruck: „Versuch am untauglichen Objekt“ zum mindesten „ungenau“ zu nennen ist.[2]) Ob aber die Folgerungen, die Klee bei Nr. 3 zieht, wo er ja vorläufig den bisherigen terminus technicus beibehält, um ihn allerdings bald genug vollständig über Bord zu werfen, ob diesen Folgerungen beizustimmen ist, diese Frage wird uns weiter unten noch beschäftigen.

II. Auf die einzelnen Konsequenzen der Kleeschen Theorie eingehend, wäre zunächst zum **Versuch mit untauglichen Mitteln**[3]) zu bemerken, daß sich die Fragen bezüglich dieses Versuchstypus genau gleich entscheiden lassen, wie in der Kohlerschen Lehre. Lediglich dort würde sich eine Abweichung ergeben, wo bei letzterem die Äquivalente korrigierend einsetzen könnten oder bei ersterem die Gefährdung des verlangten Rechtsgutes fehlen würde.

Einen Punkt möchten wir jedoch kurz noch berühren, so nebensächlich er auch scheinen mag, nämlich die in diesem Abschnitt vom „gefährlichen“ Versuch gegebene Definition. Darüber sagt Klee: „Der Versuch eines Verbrechens ist dann gefährlich, wenn der Plan des Verbrechens die Rechtsordnung zu Repressivmaßregeln veranlaßt hätte, falls sie diesen Plan in seiner Festigkeit und Tragweite gekannt hätte“.[4]) Daraus darf wohl geschlossen werden, daß dann, wenn die Rechtsordnung keine Repressivmaßregeln ergreift, kein gefährlicher Versuch gegeben ist!

Wir müssen uns hierbei allerdings in die Kleesche Rechtsordnung hineindenken, welche ja, wie aus seiner Theorie hervorgeht, auf den objektiv tauglichen Plan stets reagieren würde, da dieser ja die Grundlage der Strafmöglichkeit ist. Auf eine heute bestehende Rechtsordnung aber angewendet, welche auf

---

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 25 a. E.

[2]) Dieser Gedanke zeigt sich schon bei Lammasch, Moment obj. Gef. S. 18.

[3]) Vgl. Klee a. a. O. S. 30ff.

[4]) Vgl. Klee a. a. O. S. 32 a. E.

Digitized by Google

den bloßen Plan, der fast stets als Vorbereitung in heutigem Sinne aufzufassen sein wird, fast nie reagiert, dürfte diese Ansicht zu eigentümlichen Konsequenzen führen. Unseres Erachtens ist denn auch die Gefährlichkeit einer Handlung nicht abhängig vom Eintritt oder Nichteintritt der Repression der Rechtsordnung, sondern sie ist der Handlung von vornherein inhärent.[1])

Geradezu falsch ist aber ein anderes Beispiel, welches Klee ebenfalls zur Illustrierung seines Begriffes „gefährlich" anführt und das den im ersten Falle festgestellten Fehler in verstärktem Maße wiederholt. So soll nämlich ein Erdbeben für die Bewohner eines Hauses nur dann gefährlich sein, „wenn diese, hätten sie den Eintritt der Naturerscheinung vorausgewußt, ihr Heim rechtzeitig verlassen hätten, um sich in Sicherheit zu bringen." Wenn also die Leute, trotzdem sie wissen, daß ein Erdbeben eintreffen muß, ruhig im Hause bleiben, weil sie mit diesem untergehen wollen oder weil sie an den Weltuntergang glauben, dabei aber getötet werden, so war dieses nach Klee für sie nicht gefährlich!? Ja selbst wenn sie zu spät, d. h. nicht rechtzeitig flüchten, so entfällt die Gefahr!

Sind wir auch überzeugt, daß selbst Klee diesen Konsequenzen seine Zustimmung versagen würde, so kann immerhin nicht bestritten werden, daß sie die einzige richtige Folge der obigen Definitionen sind. Allerdings hätte Klee seine Bestimmungen verwertbar gestalten können, wenn er das Kriterium des Gewohnten, des nach allgemeinem Gebrauche Üblichen hinzugesetzt hätte. Dies hat er aber nicht getan, und so sind wir gezwungen, obige Einwände in vollem Umfange aufrecht zu erhalten.

III. Die schon kurz angedeutete kriminalpolitisch verwerfliche Wirkung des Postulates der Gefährdung eines Rechtsgutes ist das erste Moment, welches uns bei **Betrachtung des Versuchs am nicht existierenden und am nicht vorhandenen Objekt**[2]) in die Augen fällt. Durch diese Forderung wird das

[1]) So Klee a. a. O. S. 32 Abs. 2.

[2]) Vgl. Klee a. a. O. S. 37 ff. — Die obige Scheidung innerhalb dieser Versuchsart wurde auch gemacht von: Gretener, Russ. Entwurf S. 176, 177; derselbe, Bemerkungen und Anträge S. 775; derselbe, Verhandlungen II S. 397, 400.

Digitized by Google

Gebiet der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, wie sofort ersichtlich sein dürfte, bedeutend verengert, denn dieses Postulat bedingt die Straflosigkeit der genannten Formen der strafbaren Handlung.[1]) Gerade diese letzte Folge aber ist es, welche dem Volksbewußtsein wenig entsprechen, worin dieses vielmehr einen „scandale de l'impunité" sehen dürfte. Man denke nur an das eine Beispiel, an den Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren, bei der die Möglichkeit der Schwangerschaft nahe lag, — man denke an ein Mädchen, welches gewerbsmäßig Unzucht treibt — und an die Schwierigkeiten, mit welchen die Feststellung einer vorhanden gewesenen Schwangerschaft und damit die Bestrafung der Schuldigen verbunden ist, und wird man dann noch die Straflosigkeit gutheißen können, weil ein gefährdetes Rechtsgut nicht vorhanden resp. nicht nachweisbar gewesen ist?

Da scheint uns denn doch, um es nochmals hervorzuheben, Kohlers Kriterium der Gefährdung der Rechtsordnung den unbedingten Vorzug zu verdienen. Ja! wir möchten Klees Postulat geradezu als einen Nachteil seiner Theorie, als einen Rückschritt gegenüber Kohlers Lehre ansehen.

Und eine bessere Verteidigung dieser unserer Ansicht ist anders nicht möglich, als durch den Hinweis auf den Schritt, den alle Anhänger der obigen Lehre machen müssen, auf jenen Schritt, der darin besteht, in bestimmten Fällen — die folgenden Ausführungen gehen hierauf näher ein — eine „Sphäre" als Rechtsgut anzunehmen und sich dadurch trotz alles gegen andere in dieser Beziehung erhobenen Widerspruchs doch wieder auf Abstraktionen einzulassen.[2]) Man verlangt ein konkretes Rechtsgut, ist aber gezwungen und scheut sich nicht casu concreto auch ein abstraktes gelten zu lassen.

Denn was ist verletzt, wenn „ein Dieb in eine leere Rock-

Gegen die Berechtigung der Teilung: Kohler a. a. O. S. 44; Holtzendorff, Handbuch II S. 301, 302. — Die früher übliche Scheidung sehen wir z. B. bei Olshausen a. a. O. S. 147 No. 21, der sich nicht ausdrücklich gegen Klees Ansicht wendet.

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 37 ff.

[2]) Vgl. Klee a. a. O. S. 40 a. E., 41.

Digitized by Google

tasche greift oder in eine Scheune einbricht, aus welcher der Eigentümer kurz zuvor seine Kornvorräte fortgeschafft hat?“ Klee müßte uns hier die Antwort erteilen, daß nichts verletzt noch gefährdet sei und deshalb kein strafbarer Versuch vorliege, denn obwohl der Plan möglicherweise ein tauglicher sein kann, das notwendige gefährdete Rechtsgut fehlt sicherlich. Diese doch einleuchtende Tatsache wird nun aber von Klee und den Vertretern ähnlicher Theorien entschieden bestritten. Das gefährdete Rechtsgut sei in diesem Fall die Eigentumssphäre!!

Widerspricht dies aber nicht der von Klee früher verteidigten Ansicht, daß nur Gefährdung und Verletzung eines konkreten Rechtsgutes, „nicht des Eigentums, des Lebens usw. als Begriffe“ notwendig sei,[1]) wenn er hier sagt, die Handlung richte sich „gegen das rechtlich geschützte Eigentum?“

Oder sollte etwa auf den Ausdrücken „Eigentum als Begriff“ und „rechtlich geschütztes Eingentum“ der Ton liegen? Es scheint fast, als ob dahinter etwas besonderes zu suchen wäre, wenn Klee ausführt, daß der Angriff sich doch auch in den obigen Fällen nicht gegen das Eigentum als solches, als Idee gerichtet habe. Was sollen aber alle diese unklaren Wendungen?

Wenn Klee auch sagen wollte — und nur so viel können wir seinen Ausführungen entnehmen —, daß das verletzte Eigentum wirklich in einer gewissen Rechtslage gegeben sein, daß eine rechtliche Beziehung zu einer angegriffenen Person bestehen müsse, daß eine bloß gedachte Relation dazu nicht genüge, so fragen wir uns, was man sich hierbei denken soll? Wird dadurch etwa das Eigentum zu einem konkreten Rechtsgut? —

Wir schließen uns denn in dieser Frage ganz Kohler an, der in der Vorrede zu Klees Arbeit[2]) die Unzulänglichkeit des Rechtsgutes als Kriterium hervorhebt und speziell betont, daß eine Inkonsequenz darin liege, wenn eine Theorie, die ein konkretes Rechtsgut postuliert, plötzlich zu abstrakten zu greifen sich gezwungen sieht![3])[4])

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 38 Abs. 2.

[2]) Vgl. die zitierte Vorrede S. V.

[3]) Es kann hier natürlich von einem weiteren Eingehen auf den Begriff des

Digitized by Google

IV. Die Einteilung der nunmehr folgenden Erörterungen wird uns durch den Umstand vorgezeichnet, daß Klee den **Versuch am untauglichen Objekt im eigentlichen Sinne**[1]) einerseits nicht als Versuch, sondern als Vollendung, andrerseits wegen des Fehlens von Tatbestandsmerkmalen nicht als strafbare Handlung aufgefaßt wissen will.[2]) Es wird daher unsere Aufgabe sein, zunächst die Gründe ins Auge zu fassen, welche Klee dazu bewegen, Versuch in unserem Falle als ausgeschlossen zu betrachten, sodann aber auf die Scheidung in Versuch und Mangel am Tatbestand, welcher hier eine gewisse Bedeutung zukommt, einen kurzen Blick zu werfen. Als konkretes Beispiel möge man sich bei den folgenden Ausführungen die Wegnahme einer eigenen Sache, welche für eine fremde gehalten wird, das heißt den „Diebstahl an eigener Sache" vergegenwärtigen. —

a) Klees ganze Deduktionen mit Bezug auf die hervorgehobenen Punkte beruhen auf einer scharfen Betonung der beiden Seiten eines Deliktes, einesteils der physischen, anderenteils der begrifflichen, und gerade in dieser Scheidung muß auch die Schwäche seiner Ausführungen gesehen werden. Von der

---

Rechtsgutes nicht die Rede sein. Nur soviel möchten wir noch bemerken, daß der Kleesche Ausdruck „konkretes Rechtsgut" den Schluß wohl erlaubt, daß darunter nicht ein „Zustand oder Ähnliches" zu verstehen ist. Eine genauere Darlegung dessen, was Klee unter „Rechtsgut" versteht, findet sich in seiner Schrift jedoch nicht.

4) In diesem Abschnitt versucht Klee außerdem noch, den Versuch am nicht vorhandenen Objekt — im weitgefaßten Kleeschen Sinne — von der aberratio ictus zu trennen (a. a. O. S. 37 ff.). Wir können näher auf diese Punkte nicht eingehen, möchten aber doch so viel bemerken, daß Klee hier wiederum durch ein unscharfes Unterscheidungsmerkmal, durch den verschwommenen Begriff „im Bereiche der konkreten Handlung sein" die Möglichkeit verschließt, ihn mit Sicherheit richtig zu verstehen und dadurch auch die Scheidung beider Begriffe wirklich durchzuführen. Auch das angeführte Beispiel (a. a. O. S. 38 a. E.) ermöglicht keine Klarstellung der Frage.

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 26 ff.

[2]) Im Ergebnis gleich: Havenstein S. 35—41, vgl. auch Havenstein, G.A. XXXVII S. 130 ff. Dagegen Zucker, G.A. XXXVI S. 370 ff., G.A. XXXVII S. 275 ff.

Digitized by Google

Ansicht ausgehend, daß der „Versuchsvorsatz“ [1]) sich „nur auf die sinnlich wahrnehmbare Veränderung in der Außenwelt“ richte, nicht aber auf die juristische Beurteilung der Handlung, gelangt er zu der Schlußfolgerung, daß mit der eben hervorgehobenen Veränderung in der Außenwelt auch Vollendung gegeben sei, daß Versuch also so lange vorliege als diese physische Veränderung nicht vollständig erfüllt sei.[2])

Ist es nun aber richtig, das Physische und das Begriffliche eines Deliktes so scharf auseinander zu halten? Scheint dieses Vorgehen schon wegen der daraus resultierenden Folgen unzweckmäßig — es müßten z. B. konsequenterweise 2 Vollendungsbegriffe unterschieden werden[3]) —, so muß man es geradezu falsch nennen, stützt man sich auf einen andern, auf den unseres Erachtens allein richtigen Vorsatzbegriff.

Würde der Vorsatz auch als Wollen einer Veränderung in der Außenwelt aufgefaßt werden können, so muß doch zugegeben werden, daß darin ohne weiteres auch das Wollen der Summe der Tatbestandsmerkmale des Verbrechens enthalten ist. Deutlicher und kürzer ausgedrückt: im Vorsatz liegt „das Wollen des Erfolges.“ [4]) Der Vorsatz geht also nicht auf das Physische der Handlung allein, sondern zugleich auch auf das Begriffliche, nur darf dieser letztere Ausdruck nicht etwa der juristischen Qualifikation gleichgestellt werden, sondern er ist vielmehr

[1]) Von einem Versuchsvorsatz zu sprechen, ist ungenau, da der Vorsatz beim Versuch und bei der Vollendung doch ein und derselbe ist, wir also nur von einem Vorsatz im allgemeinen sprechen können.

[2]) Vgl. bezüglich dieser „Veränderung der Außenwelt“ (Erfolg) die sehr klaren Ausführungen Kohlrauschs a. a. O. S. 89ff., denen wir vollkommen zustimmen.

[3]) Es müßte unterschieden werden zwischen Vollendung der physischen Handlung und Vollendung der vom Recht geahndeten Handlung, des Verbrechens.

[4]) Erfolg im Sinne Kohlrauschs a. a. O. S. 88ff. — Nähere und genauere Ausführungen über den Vorsatz vgl. bei der Erörterung von v. Liszts Theorie S. 126ff. — Immerhin mag aber schon hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß wir in manchen Punkten zu gleichen Resultaten gelangt sind, wie Kohlrausch in seiner Schrift „Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht“, welche wir erst nach Beendigung dieser Arbeit kennen lernten. Es mag daher ganz allgemein auf die bezüglichen klaren Ausführungen jenes Autors verwiesen werden, durch welche wohl mancher bei uns vielleicht noch unklare, schleierhafte Punkt die nötige Stütze erhält.

Digitized by Google

lediglich als die Summe der Tatbestandsmerkmale aufzufassen. Die juristische Qualifikation[1]) ist im Vorsatz nicht eingeschlossen, die Summe der Tatbestandsmerkmale des Deliktes ist aber vom Vorsatz umfaßt.[2])

So z. B.: Will jemand stehlen, so will er ja natürlich die Veränderung in der Außenwelt d. h. die fremde Sache in seinen Besitz bringen, zugleich aber ist sich der Betreffende sämtlicher Tatbestandsmerkmale seiner Tat bewußt und er will deren Zusammenfassung im verbrecherischen Erfolg. Er braucht nicht zu wissen, daß er juristisch einen Diebstahl begeht, er braucht auch nicht in jedem Augenblick alle Tatbestandsmerkmale des Deliktes gegenwärtig zu haben, er weiß aber, daß dies und jenes objektiv vorliegen wird, diese objektive Vorliegenheit will er und in dieser kennt er gleichsam „latent" alle Tatbestandsmerkmale. Ohne dieses Wollen der Tatbestandmerkmale ist aber der Vorsatzbegriff undenkbar.

Hieraus ergeben sich nun folgende Konsequenzen: Ist der Vorsatz nicht nur auf die Veränderung in der Außenwelt gerichtet, so kann auch mit Eintritt dieser Veränderung allein die Vollendung nicht gegeben sein. Oder mit anderen Worten: Die Vollendung der sog. natürlichen Handlung an und für sich geht uns nichts an. Im Strafrecht zwei Arten von Handlungen unterscheiden zu wollen, einerseits die natürliche, andererseits die strafrechtlich relevante, ist ganz und gar unangebracht. Das Dasein der natürlichen Handlung, ihre Funktion als Grundlage der strafrechtlich relevanten wird niemand bestreiten; trotzdem ist sie als solche aus dem Gebiet des Strafrechts zu verweisen. Nicht die natürliche Handlung und deren Vollendung interessieren uns; im Strafrecht, das sich mit der Strafbarkeit der Handlung befaßt, kommt es lediglich auf diese als Verbrechen, auf die strafbare Handlung an.

Von Vollendung im strafrechtlichen Sinne kann

---

[1]) Im Sinne des Wissens der Deliktsfolgen vgl. die Andeutungen Kohlrauschs a. a. O. S. 20 und S. 23.

[2]) Im Sinne einer auch bei Kohlrausch hervortretenden Wertung. Vgl. die Andeutuug a. a. O. S. 20, dann die diesbezüglichen Ausführungen im § 11 bei Kohlrausch.

Digitized by Google

daher nur dann die Rede sein, wenn neben der Veränderung in der Außenwelt auch das Begriffliche des Tatbestandes gegeben ist.[1]) Ist einmal beides vorhanden, dann ist diese rechtlich erhebliche Vollendung gegeben, fehlt auch nur eines dieser beiden Momente, so ist nur Versuch möglich.

Demgemäß wäre aber auch in den von Klee pag. 26ff. angeführten Fällen Versuch anzunehmen. —

b) Selbst wenn wir aber Klees Ansicht über die tatsächliche Qualifikation der Handlung gutheißen würden, so wäre immer noch nicht erklärt, warum im Falle eines Versuchs am untauglichen Objekt (im engeren Sinne) keine Strafe eintreten solle, und obschon auch Klee sich auf diese Frage näher nicht einläßt, so ist aus seinen Ausführungen doch ersichtlich, daß er die Straflosigkeit der Handlung casu concreto in dem Fehlen von Tatbestandsmerkmalen begründet sieht.[2])

Hierdurch sind wir aber mitten in die Streitfrage über die Berechtigung einer Scheidung zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand geführt und auch zu einer etwas näheren, wenn auch kurzen Besprechung dieser Differenzierung genötigt.[3])

Schon früh vertreten[4]) und von vielen Schriftstellern verteidigt hat diese Unterscheidung noch stets eine wirklich überzeugende Begründung vermissen lassen. Klar ist es ja, daß jeder Versuch einen Mangel am Tatbestand aufweisen muß,[5]) fehlt doch jedem Versuch mindestens der gewollte Erfolg.[6])

---

[1]) So Zachariae a. a. O. II S. 24. (Bezüglich des delictum perfectum vgl. über Zachariae auch Goldschmidt a. a. O. S. 8; Mercier a. a. O. S. 41.)

[2]) Auch Langenbach a. a. O. stellt Versuch am untauglichen Objekt in seinem Sinn (d. h. den Versuch am absolut untauglichen Objekt) und Mangel am Tatbestand gleich! So z. B. a. a. O. S. 79.

[3]) Über das Verhältnis vom Versuch am untauglichen Objekt und Mangel am Tatbestand vgl. die zitierte Schrift von Langenbach.

[4]) So z. B. von Mittermaier vgl. in N.A. I S. 166.

[5]) Vgl. v. Buri in G.S. 1880 S. 362 No. 9. Vgl. auch Lammasch, Moment obj. Gef. S. 63 Anm. 22; Langenbach a. a. O. S. 62.

[6]) Man könnte allerdings auch beim Versuch von einem Erfolg sprechen, wenn man darunter eben die Objektivierung des Willens, den „Anfang der Ausführung“ versteht, (wie ja andrerseits zur Vollendung von Delikten ein Erfolg

Digitized by Google

Und ist es nicht ebenso ein Mangel am Tatbestand, wenn beim Versuch am nicht existierenden Objekt, eben dieses nötige Objekt fehlt, wie wenn beim Versuch mit untauglichen Mitteln das taugliche Mittel nicht vorhanden ist? Ist es nicht in gleicher Weise ein Mangel am Tatbestand, wenn beim versuchten d. h. gewollten Aszendententotschlag der Aszendent nicht vorhanden, oder dann bei der versuchten Tötung der Dolch ungeschliffen ist? Es ist doch ebenso sicher ein Mangel im Tatbestand im Gebrauche eines untauglichen Mittels, wie im Fehlen des notwendigen Objektes zu sehen! Darauf deutet doch schon die unbestreitbare Tatsache, daß der Gesetzgeber den Eintritt der Vollendung und folgegemäß auch den nicht mangelhaften Tatbestand im Auge gehabt hat; denn er stellt uns doch nicht Tatbestände hin, die nicht herbeigeführt werden könnten.

Aus obigem folgt aber, daß folgerichtig entweder jeder Versuch strafbar oder straflos sein müßte, je nachdem wir trotz Mangel an Tatbestand bestrafen oder eben diesen Mangel als Strafausschließungsgrund betrachten.

Steht es aber fest, daß in jedem Versuch ein Mangel am Tatbestand gegeben ist, so muß Klee offenbar den von ihm verwendeten Begriff „Mangel am Tatbestande“ in anderem Sinne fassen, da er doch gerade die Scheidung zwischen diesem und dem „Versuch“ aufrecht hält. Es würden also von ihm und jenen, welche in diesem Punkte gleich vorgehen, die Fragen zu beantworten sein: „Wodurch unterscheidet sich dieser Mangel am Tatbestand (im engeren Sinne) vom Versuch? Worin liegt die Berechtigung, im ersten Falle Straflosigkeit zu postulieren, während im zweiten die Strafe ausgesprochen werden soll?“

Eine bestimmte Antwort auf unsere erste Frage gibt uns selbst Klee nicht, doch scheint so viel aus den angeführten Beispielen hervorzugehen, daß er sich jener Ansicht anschließt, welche beim Fehlen eines begrifflichen Tatbestandsmerkmals oder bei einer rechtlichen Unmöglichkeit des Erfolgseintritts

---

nicht nötig ist). Dadurch wäre aber nur eine neue unnötige Scheidung aufgestellt!

Digitized by Google

Mangel am Tatbestand annimmt, während tatsächliche Unmöglichkeit Versuch bedingt.[1])

Unseres Erachtens ist aber eine solche Scheidung wieder nur haltbar, wenn man sich auf die im Strafrecht unangebrachte Teilung in natürliche und begriffliche Merkmale des Deliktes oder eben in natürliche und kriminelle Handlung stützt. Sonst ist diese Unterscheidung sicherlich unzweckmäßig und entbehrt jeglicher brauchbaren Kriterien zu ihrer Vornahme.

Fassen wir aber den Versuch auf, wie er sich uns aus der oben schon angedeuteten ungenauen Vorsatzdefinition ergibt,

---

[1]) Genauer ausgedrückt, scheint Klee beim Mangel am Tatbestand das Wesentliche — ich schließe das aus seinen Beispielen — darin zu sehen, daß sowohl die rechtliche als die tatsächliche Qualifikation seiner eigenen Tat durch den Täter eine ganz andere ist als diejenige der Rechtsordnung gegenüber der gleichen Tat. So glaubt der Täter z. B. beim „Diebstahl an eigener Sache" den Diebstahl resp. die Tat, als Delikt vollendet zu haben; er hat aber nur die Handlung vollendet und gar keine strafbare begangen. (Nach Klee natürlich!) Und beim Versuch? Da würden rechtliche ud tatsächliche Qualifikation von Täter und Rechtsordnung (in der Person des Richters) übereinstimmen.

Oder man könnte die Beispiele auch dahin auslegen, daß beim Mangel am Tatbestand an und für sich, wenn man nur die nackte Handlung betrachtet, der Täter im vollen Recht zu sein scheint. Meine eigene Sache darf ich wegnehmen, ich darf mit einer Nichtverwandten konkumbieren. Von einem Recht zu sprechen, wird hier nicht angebracht sein, doch ist so viel richtig, daß das Unrecht erst dann auftaucht, wenn wir den Willen in unsere Betrachtung einbeziehen.

Beim Versuch hingegen würde die nackte Handlung schon auf ein Unrecht hinweisen. Ob wir Klee so oder anders verstehen sollen, ist nicht sicher festzustellen; es fehlt eben jeder nähere Aufschluß.

Deshalb halten wir vorläufig an der im Texte gegebenen Auslegung fest und damit an Scheidungs-Kriterien, welche in ähnlicher Weise von den meisten angeführt werden:

Z. B. vgl. Frank, nach dessen Ansicht beim Versuch nur die kausale Beziehung zwischen Tätigkeit und Objekt fehlen darf, beim (Mangel am Tatbestand) straflosem Putativdelikt dagegen eines der übrigen Tatbestandsmerkmale nicht gegeben ist, a. a. O. § 43 II. Aufl. Vgl. Langenbach (der gemäß Zachariaes Ansicht) Versuch dann annimmt, wenn lediglich eine zeitliche Störung vorliegt, d. h. die zeitliche Konsequenz gestört ist, Mangel am Tatbestand bei einem andersartigen Fehler a. a. O. S. 64 und die folgenden Ausführungen, vgl. auch unsere Anm. 2 oben S. 79 und unsere Ausführungen zu v. Liszt unten S. 132f.

Digitized by Google

d. h. also als „Wollen des Erfolges", oder besser — da im Wollen des Erfolges das Wollen der einzelnen Tatbestandsmerkmale enthalten ist — als „Wollen des Erfolges und der Tatbestandsmerkmale des Deliktes" oder gar als „Wollen des Erfolges in diesem Sinne plus Wissen der Tatbestandsmerkmale bei Nichteintritt des Erfolges",[1]) so würde naturgemäß die Scheidung in natürliche und rechtliche Handlung entfallen, weiter aber noch daraus folgen, daß sowohl bei Nichteintritt des Erfolges oder Fehlen eines Tatbestandsmerkmals als auch bei unvollständigem Wissen, d. h. bei Irrtum Versuch anzunehmen wäre. Damit ist aber die Scheidung in Versuch und Mangel am Tatbestand hinfällig geworden.

Allerdings kann ja der Nichteintritt des Erfolges das eine Mal auf einer tatsächlichen Unmöglichkeit, das andere Mal auf einer Rechtsunmöglichkeit beruhen. Warum soll aber dieser Unterschied in der rechtlichen Qualifikation eine Verschiedenheit herbeiführen? Gibt dieser Umstand etwa an und für sich — damit berühren wir die zweite weiter oben gestellte Frage — eine Antwort darauf, woher wir das Recht nehmen, beim Fehlen von begrifflichen Tatbestandsmerkmalen Straflosigkeit zu postulieren, dagegen beim Fehlen von tatsächlichen Merkmalen Strafe auszusprechen?

Unseres Erachtens ist eben in all diesen Fällen Versuch gegeben[2]), und die unzweckmäßige Unterscheidung ließe sich nur insoweit aufrecht erhalten, als wir als Unterabteilungen eines Versuchs im weiteren Sinne (= Mangel am Tatbestand im weiteren Sinne) einen Versuch im engeren Sinne im Gegensatz zum Mangel am Tatbestand (im technischen oder engeren Sinn) unterscheiden könnten.[3]) Damit wäre aber ein Fortschritt nicht verbunden, einzig ein Umstand würde zweifellos feststehen, nämlich die Strafbarkeit auch des Mangels

---

[1]) Vgl. unsere Anm. 4 S. 113.

[2]) Bis in die neueste Zeit hinein verteidigt eine Scheidung zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand: Cohn. So neuerdings in der Jurist. Wochenschrift XXXI. Jahrg. S. 462 ff., ebenda XXXII. Jahrg. S. 287, 288. Früher in G.A. XXVIII z. B. S. 367 ff.

[3]) Vgl. Langenbach a. a. O. S. 62.

Digitized by Google

am Tatbestand im technischen Sinne; denn auch jetzt noch würde eine Begründung der von vielen in solchem Fall verlangten Straflosigkeit zu vermissen sein.

Verbinden aber manche Schriftsteller den Mangel am Tatbestand (im technischen Sinn) mit dem Putativdelikt (im technischen Sinn) zu einem Putativdelikt im weiteren Sinn,[1]) so muß dagegen Einspruch erhoben werden. In einer solchen Vermischung liegt sicherlich ein Fehler, sobald die Merkmale der Unterscheidung unzweifelhaft feststellbar sind. Dies ist hier aber der Fall und aus diesem Grunde stimmen wir Klee zu, welcher durch die Bezeichnung der angeführten Fälle als „Abart des Putativdeliktes“[2]) die nahe Verwandtschaft des Wahnverbrechens mit dem Mangel am Tatbestand hervorhebend, doch den Umstand nicht außer acht läßt, daß beim Putativdelikt ein Irrtum über die Rechtsordnung untergelaufen, daß sich hierbei die Rechtsordnung im Kopfe des Täters falsch wiederspiegelt, während beim Mangel am Tatbestand die Rechtsordnung vollkommen richtig betrachtet wird, der Irrtum aber auf einzelne Tatbestandsmerkmale des Deliktes in concreto sich bezieht.

V. Behauptet aber Klee, daß der ihm entgegengesetzte Standpunkt, welcher in den auf pag. 27 angeführten Fällen nicht Straflosigkeit annehme, zu einer reiner Willensstrafe führen würde, so sehen wir allerdings nicht ein, warum eine Bestrafung des Willens etwas so horrendes wäre. Ja, um so weniger können wir diesen Schrecken begreifen, wenn man, wie die meisten Subjektivisten, eine Objektivierung des Willens verlangt; liegt doch schon in dieser Vergegenständlichung des rechtswidrigen Willens eine genügende Gefahr für die Rechtsordnung ausgedrückt, um gegen sie zu reagieren.[3])

---

[1]) Über die verschiedenen Fassungen des Putativdeliktes vgl. unsere Ausführungen § 10 V u. die Anmerkungen dazu.

[2]) Wir nehmen an, daß Klee (a. a. O. S. 29) damit nicht sagen will, daß diese Fälle zum Putativdelikt zu zählen seien. Damit wäre ja allerdings die postulierte Straflosigkeit erklärt, aber auf eine fehlerhafte Weise. Vgl. auch v. Liszt, Lehrbuch § 47 Anm. 1.

[3]) Wir greifen hiermit wieder auf die Gefahr in abstracto; mit dem konkreten Fall hat „unsere Gefahr“ nichts zu tun.

Digitized by Google

Wenn aber in einem weiteren Einwand die Subjektivisten gleichsam mit ihren eigenen Waffen d. h. mit ihrem eigenen Führer bekämpft werden sollen und ihnen (immer im Anschluß an die von ihnen verteidigte Strafbarkeit des sog. Mangels am Tatbestand) der Satz von Buris entgegengehalten wird[1]): „die Strafbarkeit ist eine (objektive) Tatsache, welche durch den bloßen Willen, daß sie vorhanden sein solle, nicht konstituiert werden kann," so müssen wir erwidern, daß der Subjektivismus keineswegs dadurch berührt wird.

Es ist ganz richtig, daß das Strafrecht dadurch, daß es uns einen objektiven Tatbestand der Vollendung gibt, für diese erklärt, daß es auf jenen ankommen solle. Wo gibt uns aber das Strafgesetz einen objektiven Tatbestand des Versuchs? Nirgends! Man könnte vielmehr im Gegensatz zu Klee sagen, daß es auf den Willen ankomme, schon allein indem man sich auf das R.St.G.B. stützt, welches doch den „Entschluß" in den Vordergrund stellt.

Was aber die Strafbarkeit anbelangt, so ist es ja klar, daß der Tatbestand, das objektive Moment, insofern in Rücksicht zu ziehen ist, als der Wille sich auf einen in einem solchen Tatbestand als strafbar erklärten Erfolg richten muß. Dies aber genügt! Eine tiefer gehende Rolle spielt der Tatbestand nicht; vor einer zu starken Betonung der objektiven Seite muß gewarnt werden.

Gegenüber all diesen zu Klee erörterten Momenten zeigen sich hingegen die unbestreitbaren Vorteile des von ihm bekämpften Subjektivismus bezüglich der gleichen Punkte darin, daß zum Versuch eben der objektivierte Wille genügt[2]), d. h. daß eben kein selbständiger Versuchstatbestand anerkannt wird. Es mag dies weitgehend und gefährlich scheinen, man mag glauben, daß dadurch der Grundsatz „nulla poena sine lege" in Frage gestellt werde, tatsächlich ist es doch der einzige logisch richtige

---

[1]) Vgl. Klee a. a. O. S. 29; v. Buri in G.A. Bd. XXV 1877 S. 265, 266.

[2]) Wir machen darauf aufmerksam, daß dies kein Widerspruch gegenüber dem oben berührten Vorsatzbegriff ist, denn in diesem Willen liegt eben auch das Wissen der Tatbestandsmerkmale.

Digitized by Google

Ausgangspunkt. Darnach aber ist auch jede Unterscheidung zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand hinfällig.

Nach dieser Abschweifung in subjektivistisches Gebiet wäre aber zusammenfassend mit Bezug auf Klees Theorie nur noch zu sagen, daß wir diese in ihren Konsequenzen unbefriedigend finden und sie deshalb für die Gesetzgebung nicht empfehlen können. Der taugliche Plan, bei welchem der Naturkausalismus seine einschränkende Rolle spielt, kann unseres Erachtens als maßgebendes Kriterium zur Entscheidung der Strafbarkeit des Versuchs nicht gutgeheißen werden, außerdem finden wir aber das Postulat einer Gefährdung eines konkreten Rechtsgutes vollkommen unzweckmäßig und in seinen Konsequenzen kriminalpolitisch verwerflich. In ihren zurückgewiesenen Grundlagen ist aber hierdurch die ganze Kleesche Theorie verworfen.

§ 6. v. Liszt.

I. **v. Liszt** steht, was den untauglichen Versuch anbetrifft, auf demselben **Standpunkt** wie Feuerbach; ist also objektiver als Klee und als Kohler. Aus seiner Definition des untauglichen Versuchs: „Untauglicher Versuch liegt vor, wenn die auf den Erfolg gerichtete Willensbetätigung an sich, d. h. ohne Rücksicht auf unerkennbare oder später eingetretene Ereignisse ungeeignet war, den Erfolg herbeizuführen,“ [1]) geht hervor, daß er den gewöhnlichen (tauglichen Versuch) dann als gegeben erachtet, wenn eine abstrakte Eignung, eine potentielle Kausalität im Sinne der bei Feuerbach besprochenen, vorliegt.

Diese abstrakte Eignung, diese potentielle Kausalität, die in eben diesen Momenten enthaltene Gefährlichkeit, ist nun das ausschlaggebende Kriterium für die Bestimmung der Strafbarkeit resp. Straflosigkeit des Versuchs. „Strafbar ist der gefährliche Versuch, straflos bleibt der ungefährliche.“ [2]) Da beim untauglichen Versuch diese abstrakte Eignung aber gerade fehlt,

---

[1]) So v. Liszt, Lehrbuch S. 190.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch S. 191. Im Resultate gleich: Rosenberg in Z. XX S. 685ff., speziell S. 707; Roux a. a. O. S. 340ff.

Digitized by Google

so ist er folgegemäß stets ungefährlich und auch stets straflos? Wie ist das Verhältnis von tauglich und gefährlich, untauglich und ungefährlich aufzufassen? Darauf gibt uns v. Liszt keine Antwort. Da er also diese Begriffe zu einander ausdrücklich nicht in Beziehung setzt, so werden auch wir in der Folge nur von gefährlichem und ungefährlichem Versuch sprechen, ohne uns auf andere Bezeichnungen einzulassen.[1])

Dadurch, daß v. Liszt neben dem oben zitierten Grundsatz keine festen Anhaltspunkte zur Feststellung der vorliegenden Gefahr gibt,[2]) indem er sich lediglich darauf beschränkt, die konkrete Gefährlichkeit[3]) sowohl des Täters als der Tat[4]) als ausschlaggebend hinzustellen, dadurch, daß er

---

[1]) Zurückgreifend auf die obige Definition des untauglichen Versuchs (vgl. Anm. 1 S. 121) wäre noch zu sagen: Was heißt: „an sich ungeeignet"? Absolut untauglich? Wie läßt sich diese Definition mit der später postulierten Gefahr für die Strafbarkeit des Versuchs vereinen? Der untaugliche Versuch ist also stets straflos!? Liszt stellt also den relativ untauglichen Versuch vielleicht als unzulänglichen zum tauglichen, nimmt ihn aus dem Gebiet der Untauglichkeit aus! (?) Warum aber dann der Satz: „Bei der Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Bedingungen der untaugliche Versuch nach deutschem Reichsrecht strafbar sei . . . ."? Daraus könnte doch gefolgert werden, daß der untaugliche Versuch im Spezialfall strafbar ist, daß man also die Begriffe untauglich und gefährlich in irgendwelche Beziehung zu einander setzen müsse. Eine Klärung wäre nicht unerwünscht.

Doch wie dem auch sei, hierin zeigt sich die Verschiebung in v. Liszts Stellung. Tauglichkeit und Untauglichkeit gehen uns nichts an, es fragt sich nach der Gefährlichkeit resp. Ungefährlichkeit, und diese wiederum ist nicht bezüglich des untauglichen Versuchs festzustellen. Die Teilung in tauglichen und untauglichen Versuch ist belanglos. Halten wir also fest am Grundsatz: „Strafbar ist der **gefährliche Versuch**".

[2]) Daß Liszt keine festen Kriterien zur Feststellung der Gefahr gibt, geht aus dem Satz hervor: „Der Versuch ist gefährlich, wenn und soweit durch die Versuchshandlung die nahe Möglichkeit für den Eintritt des Erfolges (und damit die begründete Besorgnis dieses Eintritts) gegeben war", d. h. so viel als: „Der Versuch ist gefährlich, wenn er gefährlich ist".

[3]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 191. Es handelt sich natürlich um objekt. Gefahr. Goldschmidt a. a. O. S. 59 nennt daher die v. Lisztsche Theorie „reale Gefährdungstheorie".

[4]) Daß auch auf die Gefährlichkeit der Tat gesehen werden muß, geht aus v. Lisztsche Bemerkung (Lehrbuch S. 181 Anm. 2 No. 3) hervor, daß Rossi, Lammasch, Herzog, Klee „einseitig die Gefährlichkeit des Täters betonen."

Digitized by Google

uns den „Augenblick des Handelns“ als den Moment bezeichnet, in welchem diese Gefahr festgestellt werden soll, ohne uns zu sagen, ob darunter die Vorbereitung oder der Anfang der Ausführung zu verstehen ist, da er ja diesbezüglich lediglich auf die „nachträgliche Prognose“ hinweist,[1]) dadurch gibt er uns eine Theorie, welche wohl allen Lebensverhältnissen gerecht werden könnte, welche aber gerade in jenen Punkten ihre Schwäche zeigt, in denen auch ihre Stärke liegt. Denn liegen in dem Umstande, daß die Gefahrtheorie Liszts nicht parallel der Lehre von relativer und absoluter Untauglichkeit gebildet ist und in der stärkeren Betonung des freien richterlichen Ermessens — wie auch von anderer Seite schon hervorgehoben wurde[2]) — unbestreitbare Vorteile dieser Lehre, liegt in dem sichtbaren Bestreben, die wechselnden Fälle des Lebens nicht in Schablonen zu zwingen, dem Richter nicht gegen seine bessere Überzeugung Entscheidungen aufzudrängen, ein glücklicher Gedanke des Autors, liegt in der Tatsache, daß durch v. Liszts Theorie das Gebiet der Strafbarkeit zu einem fast uneingeschränkten gemacht wird, so daß sogar Fälle strafbar sein können, in denen nach anderen Theorien Mittel oder Objekt als absolut untauglich zu betrachten wären, eine zweckgemäße Anpassung an eine heute bemerkbare Tendenz in dieser Frage, so sind wiederum der Empirismus, auf

---

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 191. Mit ebensoviel Recht als der Name „nachträgliche Prognose“ könnte v. Liszts postulierter Prognose auch die Bezeichnung „vorgängige“ beigelegt werden, da sich diese doch auf die Zeit vor der Ausführung der Tat bezieht. Ganz richtig ist aber, dabei hervorzuheben, daß nur die im Augenblick des Handelns „allgemein erkennbaren oder aber auch nur dem Täter bekannten Umstände“ zu berücksichtigen sind, denn jedenfalls werden hier sehr oft Fehler gemacht, wodurch wir selbstverständlich zu einer ex post-Prognose gelangen, während sich v. Liszt vollkommen bewußt ist, daß wir von Gefahr nur dann sprechen können, wenn wir einen Standpunkt ex ante einnehmen. Vgl. dazu v. Liszt, Lehrbuch und Z. I 1881 S. 102, 103. Daß nicht ein bestimmter Zeitpunkt für die Feststellung der Gefahr angegeben wird (in dem Sinne, daß es z. B. wie bei Mittermaier u. A. A. auf die Vorbereitung ankäme) sagt auch Gallet a. a. O. S. 263 No. 117 a. A.

[2]) Vgl. Gallet a. a. O. S. 263, 264; Saleilles a. a. O S. 31, 33.

Digitized by Google

welchem jede Gefahrtheorie aufgebaut sein muß,[1]) die Schwankungen des Begriffes „gefährlich", die Schwierigkeit, sowohl die Gefährlichkeit der Tat als hauptsächlich diejenige des Täters festzustellen,[2]) Faktoren, welche, verbunden mit der durch sie begründeten Unsicherheit für eine einheitliche Rechtsprechung, als Nachtheile der v. Lisztschen Theorie aufgefaßt werden müssen. Und liegt in dem weiten Gebiet, das durch die Unbestimmtheit der Gefahr dem richterlichen Ermessen überlassen wird, nicht neben dem Vorteil zugleich ein Nachteil, würde diesbezüglich nicht auch der Ausspruch Zachariaes Geltung beanspruchen können, in welchem es heißt:[3]) „Der sogenannte natürliche Verstand ist oft weiter nichts, als ein sich keiner bestimmten Gründe bewußtes, deshalb leicht trügerisches Gefühl, von welchem der Richter, der nur nach Rechtsprinzipien zu urteilen hat, sich nicht darf leiten lassen". Oder schließen sich etwa natürlicher Verstand und richterliches Ermessen aus, tritt nicht einer für das andere ein?

Was sollen wir aber über v. Liszts Theorie als Ganzes sagen? Eignet sie sich zu einer legislativen Regelung oder nicht? Die Antwort ist eigentlich schon im Gesagten enthalten. Sie lautet: „Ja und nein!"

Wenn auch einerseits v. Liszt die Antwort auf die Frage schuldig bleibt, worin es begründet liege, beim Versuch nur die Gefährlichkeit in Betracht zu ziehen, wenn auch er diesen Satz als Axiom behandelt,[4]) so ist doch andererseits seine Theorie

---

[1]) Auf diesen Empirismus verweisen auch: Gallet a. a. O. S. 264 a. E.; Saleilles a. a. O. S. 34 a. A.

[2]) Vgl. Gallet a. a. O. S. 264; auch S. 269 könnte mutatis mutandis auf v. Liszts Theorie angewendet werden.

[3]) Vgl. Zachariae a. a. O.

[4]) Daß jede Vollendung Verletzung oder Gefährdung ist (?), kann kein Grund dafür sein, daß dies auch vom Versuch gelten müßte. Sagt man aber, daß jede strafbare Handlung Verletzung oder Gefährdung sei, und daher auch der Versuch diese Qualifikation enthalten müsse, so möchte ich auf die Ungehorsamsdelikte aufmerksam machen, die nach Ansicht einiger Schriftsteller nur generell, nach Ansicht anderer gar nicht gefährlich sind. Die obige Ansicht wäre also als petitio principii zuzückzuweisen.

Digitized by Google

wegen der von ihr aufgestellten weiten Grenzen für die Strafbarkeit, wegen ihrer ganz allgemein gehaltenen Kriterien sehr ansprechend und könnte es genügen, wenn wir mit Rosenberg empfehlen würden, dem Versuchsparagraphen bei einer Revision des Str.G.B.s den Zusatz beifügen: „Der ungefährliche Versuch bleibt straflos.“[1]) Damit wäre ja auch die von v. Liszt im Gegensatz zu Feuerbach empfohlene negative Fassung der Bestimmung über „untauglichen“ Versuch in Berücksichtigung gezogen.[2])

Mit der Aufstellung obiger Normierung sind aber auch gleich deren Nachteile ersichtlich. Was als „gefährlich“ gelten soll, ist, wie gesagt, einheitlich nicht feststellbar, soll aber überdies sowohl die Gefahr der Handlung, als die Gefährlichkeit des Täters berücksichtigt werden, so ist dies für den Richter eine fast unlösbare Aufgabe. Jedenfalls dürfte er erst dann mit ruhigem Gewissen ein Urteil über die Gefährlichkeit eines Täters abgeben, wenn er diesen — tragen wir etwas stark auf — von der Wiege bis zur Tat beobachtet hätte. Natürlich wäre hierbei in praxi eine Einschränkung geboten und auch möglich. Hält man aber, abgesehen von verschiedenem prinzipiellem Standpunkte, einigermaßen auf eine einheitliche Rechtsprechung, so ist unseres Erachtens v. Liszts Theorie unbedingt abzuweisen, so große relative Vorteile sie im übrigen enthalten mag.

II. Wenn v. Liszt zum strafbaren Versuch aber auch Fälle zählt, die von anderen Autoren unter der Bezeichnung „Mangel am Tatbestand“ oder „Versuch am untauglichen Objekt“ straflos gelassen werden, so z. B. Diebstahl an eigener Sache,[3]) so zwingt uns dies, auf dessen Konstruktion in diesem Punkte einen Blick zu werfen um so mehr, als er an der Unterscheidung zwischen natürlicher und strafrechtlich

---

[1]) So Rosenberg, Z. XX. 1900 S. 707.

[2]) Vgl. v. Liszt, Italienischer Entwurf S. 35. v. Liszts Ansicht scheint bei Meyer, Lehrbuch S. 211 Anm. 40 falsch aufgefaßt zu sein. v. Liszt will lediglich negative Fassung der Bestimmung über untauglichen Versuch, nicht die Straflosigkeit dieser Versuchsart.

[3]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 181, 182.

Digitized by Google

relevanter Handlung festhält, also nicht auf dem von uns in § 5, IV. dargelegten Wege zu diesem Ergebnis gelangt.

Da aber v. Liszts Ansicht unmittelbar in Beziehung steht zu seiner Auffassung vom **Vorsatz**, so müssen wir etwas weiter ausholend, auch auf diesen Begriff mit einigen Worten eingehen. —

v. Liszt unterscheidet im Strafrecht einen **doppelten Vorsatzbegriff**; der eine, auf die „Handlung als sinnenfälliges Ereignis“ [1]) gehend, besteht in der „Voraussicht des Erfolges“,[2]) der andere, im § 59, Abs. 1 R.St.G.B. begründet, in der „Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale.“ [3]) Wir könnten demnach auch hier die Unterscheidung in einen natürlichen und einen rechtlichen Begriff aufrecht erhalten, da sich ja der Vorsatz im ersten Fall lediglich auf die sog. natürliche Handlung bezieht, im zweiten dagegen auf die Tatbestandsmerkmale.

Um nun aber sogleich die Folgerungen zu ziehen, so sei hervorgehoben, daß v. Liszt auf Grund dieses doppelten Vorsatzbegriffes zu einem **doppelten Versuchsbegriff** gelangt, der einesteils dann vorliegt, wenn die auf „Herbeiführung oder Nichthinderung des Erfolges gerichtete Willensbetätigung erfolglos geblieben“, anderesteils dann, wenn gegenüber dem auf die Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale gerichteten Vorsatz eines der Tatbestandsmerkmale nicht eingetreten ist.[4]) —

Ist nun aber die Folgerung vom Vorsatz auf den Versuch an und für sich nur rein äußerlich genommen richtig zu nennen,[5]) so sehen wir in all den aufgestellten Teilungen, sei es des Vorsatzes und des Versuchs, sei es der Vollendung und des Erfolges ganz unnötige Bemühungen, einfache Begriffe zu zergliedern.

Denn abgesehen davon, daß v. Liszt konsequenterweise einen dreifachen Vorsatzbegriff unterscheiden müßte, was ja in

---

[1]) v. Liszt, Lehrbuch S. 153.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch S. 148ff.

[3]) v. Liszt, Lehrbuch S. 152ff.

[4]) v. Liszt, Lehrbuch S. 181.

[5]) Vgl. auch Kohlrausch a. a. O. S. 8ff. Über v. Liszts doppelten Vorsatzbegriff spricht sich Kohlrausch speziell aus S. 11ff. und S. 109ff.

Digitized by Google

seinem Lehrbuch auch mit den Worten angedeutet ist: „Der aufgestellte Vorsatzbegriff (Vorsatz Nr. 1) hat lediglich die Handlung im natürlichen Sinn im Auge und paßt in völlig gleicher Weise auf die rechtmäßige und die rechtswidrige Handlung;“[1]) abgesehen hiervon finden wir schon seine Zweiteilung vollständig unangebracht. Jener Vorsatz, welcher sich auf die natürliche und rechtmäßige Handlung bezieht, hat im Strafrecht nichts zu suchen“, jener andere aber, der als strafrechtlich relevant zu bezeichnen ist, kann nur einheitlich festgestellt werden, und er unterscheidet sich unseres Erachtens in seiner Struktur gar nicht vom natürlichen Vorsatz im eigentlichsten Sinne.[2])

Der Wille geht nämlich, wie wir schon weiter oben dargelegt, nicht auf die Handlung als sinnenfälliges Ereignis, als Veränderung der Außenwelt, sondern auf den Erfolg.[3])

Kurz gesagt, würde also der Vorsatz im „Wollen des Erfolges“ bestehen, und dagegen wären auch Einwände in dem Sinne, daß man einen Erfolg nicht wollen könne, vollkommen unzutreffend.

Allerdings kann man nicht sicher sein, daß der Erfolg auch eintreten werde, als notwendige Folge kann man jenen nicht wollen, als absolut notwendig kann man ihn nicht voraussehen,[4]) aber wenn wir annehmen, daß in der durch den

---

[1]) v. Liszt müßte unterscheiden: 1. den Vorsatz, der auf die natürliche und zugleich rechtmäßige Handlung geht, sagen wir: den natürlichen Vorsatz im eigentlichen Sinn. 2. den Vorsatz, der auf genau dieselbe Handlung geht, die aber nun rechtswidrig ist. Dieser Vorsatz deckt sich in seiner Struktur mit jenem unter 1, hat aber die Richtung auf den rechtswidrigen Erfolg. 3. den Vorsatz, der auf Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale geht (gemäß § 59 R.Str.G.B.). — U. E. besteht nun nur ein strafrechtlich relevanter Vorsatz, in welchem No. 2 und 3 untrennbar vereint sind. Vgl. dazu unsere textlichen Ausführungen.

[2]) So auch Kohlrausch a. a. O. S. 110ff.

[3]) Näheres hierüber im § 11 von Kohlrauschs Schrift, dessen Ansicht wir schon oben akzeptierten und der im Erfolg eine „Zweckeinheit“ (S. 93) sieht, einen Ausschnitt der Folgen einer Tat **„unter einem juristisch relevanten Gesichtspunkt“.**

[4]) Hieraus ist schon der von uns weiter unten festzustellende Satz ersichtlich, daß ich einen Erfolg nicht „wissen“ kann. In diesen Sinne möge die Bemerkung aufgefaßt werden.

Digitized by Google

Ausführungsentschluß als objektiv möglich bejahten subjektiven Relation zwischen Vorstellung (Projekt) und Erfolg der Wille liegt, so wird man jedesmal, wenn diese Relation durch den Entschluß, sie zu verwirklichen, bejaht wird, auch den Willen als gegeben betrachten dürfen.[1]) Demgemäß kann ich also einen Erfolg, kann ich auch etwas ganz unmögliches wollen. Es kommt eben nur darauf an, wie ich etwas in meinem subjektiven Denkprozeß ansehe, darauf, ob ich etwas für möglich oder unmöglich halte. Ich will einen Erfolg, weil ich ihn für möglich halte, weil er in meinem Denkprozeß als eintretend nicht ausgeschlossen ist. Dabei ist also stets nur das Subjekt näher zu betrachten, nicht die Wirksamkeit in concreto und objektiv, und dabei ist auch streng im Auge zu behalten, daß es nicht dasselbe ist, ob ich einen Erfolg will, oder ob ich ihn „tatsächlich in meiner Hand habe", daß das erstere eine abstrakte Betrachtung voraussetzt, während die Aussage beim letzteren rein konkret ist.

Möge also als vorläufiges Ergebnis unserer Ausführungen der Satz aufgefaßt werden: Um festzustellen, ob jemand etwas will oder nicht, kommt es lediglich darauf an, ob jener sich kausal vorkommt, denn ob er in concreto kausal wird, kann er nicht wissen; dieser Umstand hat aber auch nichts zu sagen. Folgt diesem Kausalitäts-

---

[1]) In Bezug auf Äußerungen, die der Möglichkeit des Wollens eines Erfolges beistimmen, verweisen wir auf v. Hippel, Die Vorstellungstheorie, Anhang II S. 439. Es möge hier überhaupt ganz allgemein bezüglich unserer Ausführungen auf die zitierte Schrift von Hippel verwiesen werden, in welcher dieser scharf für die Willenstheorie eintritt und die Vorstellungstheorie zurück- oder vielmehr als unzulänglich oder falsch nachweist.

Im speziellen verweisen wir noch auf Sigwart a. a. O. S. 138 (dessen zitierte Schrift unseren Ausführungen auch zugrunde lag und auf Grund welcher wir obigen Satz aufstellten). Für die Willenstheorie auch Seuffert S. 47; Berolzheimer S. 398ff.; A. A. Bünger vgl. speziell S. 309, 317, 321, 329, 333, 342, 351 „gewollt ist nur die Handlung".

Ein näheres Eingehen auf die Fragen über den Willen kann wohl als nicht zu unserer Aufgabe gehörig beiseite gelassen werden. Auch würden diesbezügliche Erörterungen, abgesehen von den enormen Schwierigkeiten der Frage, den Umfang der Arbeit zu sehr vergrößern, als daß sie nicht Spezialabhandlungen überlassen werden sollten.

Digitized by Google

bewußtsein der Ausführungsentschluß, dann „will" der Betreffende.

In diesem Wollen des Erfolges liegt nun naturgemäß und eo ipso das Wollen der einzelnen Tatbestandsmerkmale und daher auch das Wissen der Tatbestandsmerkmale, wenn auch nicht verlangt werden kann, daß der Täter die juristische Qualifikation der Handlung sich vergegenwärtige[1]) oder auch zu jeder Zeit jedes Tatbestandsmerkmals sich bewußt sei. Der Vorsatz wäre also unseres Erachtens mit „Wollen des Erfolges"[2]) schon richtig, wenn auch ungenau definiert. Um aber genauer zu sein, könnte man ihm folgendermaßen fassen: „Vorsatz=Wollen des Erfolges plus Wissen der Tatbestandsmerkmale außer dem Erfolg[3]), d. h. soviel als: Wollen der Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale verbunden mit dem Bewußtsein dieser Tatbestands-

---

[1]) Was ich hier juristische Qualifikation nenne, würde Kohlrausch offenbar Bewußtsein der Deliktsfolgen titulieren (vgl. a. a. O. S. 25: „Der Deliktsvorsatz kann sich nur auf das **Delikt** beziehen, nicht aber auf die **Deliktsfolgen**".) Dagegen sehe ich in dem von mir postulierten Wissen der Tatbestandsmerkmale jenes Moment, das Kohlrausch offenbar als „Qualifizierung der Tat (von irgend einem Standpunkt aus" — S. 20 —) als Beurteilung, Lagerung „unter einem juristisch relevanten Gesichtspunkt" zusammenfassen würde.

[2]) So definiert ihn die Willenstheorie. Vgl. auch unsere Anm. 1 S. 128.

Bezüglich des Begriffes Erfolg ist hier eine Präzisierung nötig. Wir fassen diesen casu concreto gleich „Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale" auf. Es wird hierdurch unzweifelhaft werden, daß im Wollen des Erfolges auch das Wollen (der Verwirklichung) der Tatbestandsmerkmale enthalten ist.

Über die verschiedene Bedeutung des Begriffes Erfolg vgl. die klare und dankenswerte Auseinandersetzung bei Liepmann, Z. XXII. S. 74 Anm. 4.

Auf die Erörterung über den Inhalt des Begriffes Erfolg bei Kohlrausch a. a. O. § 11 haben wir schon hingewiesen. Sie bildet die Ergänzung zum obigen.

[3]) Beim „Wissen der Tatbestandsmerkmale außer dem Erfolg" ist Erfolg in einer anderen Bedeutung genommen und zwar in dem Sinne, in dem dieser Begriff von Liepmann, Z. XXII. S. 76 No. 2 genommen wird, d. h. als „ein von der Handlung getrennter äußerer Erfolg". Man könnte also auch ungenau von „Wissen der Handlung" sprechen oder von „Wissen der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale als Einzelne abgesehen von dem Wissen der Verwirklichung dieser Tatbestandsmerkmale als Ganzes, als Komplex" (was ja der Erfolgsbegriff No. I wäre. Vgl. Liepmann a. a. O. S. 74). Vgl. Anm. 1 oben.

Digitized by Google

merkmale mit Ausnahme des Erfolges, da ich ja den Eintritt dieses letzteren nicht wissen kann.[1])

Unrichtig oder zum wenigsten ungenau wäre es, den Vorsatz kurz als „Wissen und Wollen des Erfolges“[2]) zu bezeichnen, da daraus Mißverständnisse erwachsen würden; denn die Interpretation einer solchen Bestimmung könnte ganz richtig dahin lauten, daß darin neben dem Wollen des Erfolges auch das Wissen des Erfolges enthalten sei. Letzteres müßte aber als falsch zurückgewiesen werden.

Ist aber der Vorsatz so aufgefaßt, wie wir es soeben dargelegt, so ist es nicht mehr möglich von einem doppelten Vorsatzbegriff zu sprechen. Kann ich denn noch den Erfolg voraussehen ohne die Kenntnis der Tatbestandsmerkmale? Im Voraussehen des rechtlich erheblichen Erfolges liegt dann eben das Wissen der Tatbestandsmerkmale eingeschlossen, und damit wäre auch der zweifache rechtlich erhebliche Vorsatz von v. Liszt zu einem zusammengesetzten, aber in seinen Teilen untrennbaren, also einheitlichen umgewandelt.[3])

Haben wir aber auch den Vorsatz für das Strafrecht einheitlich bestimmt, wobei selbstverständlich der natürliche Vorsatz im eigentlichen Sinne außer Betracht fällt, so mag immerhin noch hervorgehoben werden, daß wir auch zwischen natürlichem und strafrechtlich relevantem Vorsatz[4])

---

[1]) Vgl. unsere Anm. 4 S. 127 und die dazu gehörigen textlichen Ausführungen.

[2]) So der schweizerische Entwurf zu einem Str.G.B. 1896 Art. 14, Abs. 2. Zustimmend zu dieser Fassung verhält sich Berolzheimer S. 406.

[3]) Vgl. Anm. 1 S. 127. Es wären also die dort unter 2 und 3 aufgezählten Vorsatzbegriffe zu einem einheitlichen verschmolzen. Es dürfte gerade durch Vergleichung unserer textlichen Ausführungen mit den zitierten Stellen aus Liepmanns und Kohlrauchs Schriften ganz klar werden, daß mit „Wollen des Erfolges“ eigentlich alles nötige gesagt ist. Darin liegt danach die Verbindung des Wollens der Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale (Liepmann) zugleich mit der bestimmten Qualifikation (Kohlrausch), die dem von uns postulierten „Wissen der Tatbestandsmerkmale ohne den Erfolg“ entspricht.

[4]) d. h. für uns auch so viel als positiv rechtlicher Vorsatz, denn nach unseren Ausführungen wird kein Zweifel übrig bleiben, daß strafrechtlich relevanter Vorsatz = positivrechtlicher Vorsatz, da doch der § 59, Abs. 1 keinen

Digitized by Google

keinen Unterschied in der Struktur zu sehen imstande sind.[1]) Beider Merkmale sind dieselben; beim positivrechtlichen oder mit anderen Worten strafrechtlich relevanten Vorsatz ist allerdings die Subsumtion unter ein bestimmtes Gesetz nötig, dafür ist aber andrerseits beim natürlichen Vorsatz (im eigentlichen Sinne)[2]) das Wissen sämtlicher Tatbestandsmerkmale der natürlichen Handlung nicht erläßlich. Es ist eben kein Vorsatz denkbar ohne eine gewisse Wertung des Gewollten gegenüber der Außenwelt, sei diese nun die Rechtsordnung in concreto, sei dies die Gesellschaft.[3])

Unnötig mag es aber nach all dem Gesagten erscheinen, wenn wir noch beifügen, daß also v. Liszt unseres Erachtens in der Stellung und Auslegung, die er § 59, Abs. 1 gibt, einen Fehltritt begeht. Nicht einen selbständigen Begriff, sondern nur einen Bestandteil, ein Merkmal des allgemein gültigen rechtlichen Vorsatzbegriffes gibt uns jene Bestimmung.[4])

---

neuen, sondern nur einen Teil des einheitlichen Vorsatzes darstellt. Vgl. weiter unten.

[1]) So neuerdings auch Kohlrausch a. a. O. S. 110ff.

[2]) Vgl. Anm. 1 S. 127.

[3]) Auch hier glaube ich ähnlichen Gedankengängen gefolgt zu sein, wie sie uns aus Kohlrauschs Schrift (speziell § 11 deutet darauf) entgegentreten.

[4]) In diesem Sinne auch v. Hippel, Die Vorstellungstheorie S. 433. — Falsch ist es, aus § 59, Abs. 1 auf einen selbständigen positivrechtlichen Vorsatzbegriff schließen zu wollen; denn § 59, Abs. 1 handelt doch lediglich von der Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen, beim Vorliegen welcher Unkenntnis der Vorsatz ausgeschlossen sein soll, gilt daher auch für den Vorsatz ganz im allgemeinen. Wir können daraus nur entnehmen, daß es sich um den Irrtum im weiteren Sinne (= Nichtwissen) handelt, während nach v. Liszt § 59 außerdem von der „Überkenntnis nicht vorhandener Tatbestandsmerkmale" als Begründungsmodus des Versuchs handeln würde d. h. so viel als: auch vom Irrtum i. e. S. (Diebstahl an eigener Sache. Über-„Kenntnis" des nicht vorhandenen Merkmals der Fremdheit der Sache!).

Aus diesem § 59, Abs. 1 folgt daher einesteils v. Liszts Vorsatz Nr. 2, der selbständig nicht besteht, andernteils — durch eine plötzliche, vollkommen verfehlte Schwenkung, die eine Verwischung der verschiedenen Irrtumsbedeutungen im Gefolge hat —: der Versuch Nr. 2. Nun wende man aber nicht ein, daß auch wir zum doppelten Vorsatzbegriff v. Liszts gelangen und uns von jenem nur durch die Zusammenschweißung der beiden Begriffe in einen einheitlichen entfernen. Ein solcher Einwand wäre unrichtig. Wir haben nur **einen** Vor-

Digitized by Google

Dem einheitlichen Vorsatz- (und Vollendungs-) Begriff entspricht nun aber bei uns auch ein einheitlicher Versuchsbegriff, ein Versuchsbegriff, der dann besteht, wenn etwas tatsächliches, etwas rechtliches, etwas auf der Willensseite oder etwas auf der Wissensseite fehlt. Und so ist denn auch bei uns der Unterschied zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand unbrauchbar, wenn auch nicht aus ganz dem gleichen Grunde wie bei v. Liszt.[1]) Liszt muß man allerdings einräumen, daß seine Ansicht konsequent ist,[2]) wenn auch Zweifel aufsteigen könnten, ob er bei seinem Festhalten am Unterschied zwischen natürlicher und strafrechtlich relevanter Handlung nicht zu obiger Scheidung gezwungen wäre; aber auch Klee kann von seinem prinzipiellen Standpunkt aus die Folgerichtigkeit nicht abgesprochen werden. Für die in dieser Arbeit vertretene Ansicht ist es nun aber möglich, den Ausschluß des Mangels am Tat-

---

satzbegriff aufgestellt, dessen Bestandteile selbständig, getrennt nicht existieren können, dessen zweiter Teil aber auch nicht aus § 59 zu entnehmen ist, welcher Paragraph doch gerade vom Ausschluß des Vorsatzes handelt. Wir sind vielmehr der Ansicht, daß dieser zweite Bestandteil, in der Natur begründet, ebenso bestehen würde, wenn § 59 nicht existierte.

Fehlt ein Tatbestandsmerkmal im Sinne des § 59, so ist der Vorsatz ausgeschlossen; damit hat aber das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals, nach welchem Versuch anzunehmen ist, nichts zu tun.

Richtig ist daher die Bemerkung Kohlrauschs a. a. O. S. 12, daß der Versuch nicht aus § 59, sondern aus § 43 festgestellt werden müsse (und es kommt sodann nur darauf an, was man eben unter „Anfang der Ausführung" versteht).

Unrichtig aber ist es wiederum (wenigstens von unserem Standpunkt), wenn er solche Tatbestände, wie er sie S. 11 a. E. anführt, nicht als Versuch bezeichnen will. Wer einen Soldaten der Heilsarmee, den er zum Desertieren verleitet, für einen Soldaten im Sinne des § 141 Str.G.B. hält, der macht sich des Versuchs des betreffenden Delikts schuldig, sobald sich der Wille in der Richtung auf diesen pönalisierten Erfolg objektiviert hat, mag darin auch eine „Putativqualifikation" liegen.

[1]) Nach den schon etwas breiten Erörterungen, die wir bei Klee über diesen Punkt gepflogen, sei hier lediglich auf jene verwiesen. Vgl. unsere Arbeit II. Teil § 5 IV b S. 115ff.

[2]) Wie wir aber schon S. 126 bemerkten: rein äußerlich genommen, ohne innere Folgerichtigkeit. Vgl. auch die Anm. 4 S. 131.

Digitized by Google

bestande auf zweifache Art zu erklären, einerseits von dem einen Faktor des Vorsatzes ausgehend, dem Wollen des Erfolges — wollen wir an dieser in natura nicht bestehenden Teilung festhalten —, also auf die Vollendung, den Erfolg sich stützend, indem man erklärt, daß so lange Versuch gegeben, als der Erfolg nicht eingetreten,[1]) andererseits vom zweiten Faktor des Vorsatzes ausgehend, indem man genau den gleichen Schluß zieht wie v. Liszt bei seinem Vorsatz Nr. 2.[2]) Der Unterschied gegenüber v. Liszt wäre aber darin gegeben, daß wir von einem einheitlichen Vorsatzbegriff ausgehen statt von einem doppelten, oder deutlicher, von den zwei untrennbaren Bestandteilen des zusammengesetzten aber einheitlichen Vorsatzes und nicht von zwei selbständigen Begriffen, und daß für uns § 59 Abs. 1 unter keinen Umständen in Betracht käme.

Deshalb wäre auch der Einwand, daß wir trotz allem den doppelten Vorsatzbegriff aufrecht erhalten, falsch. Der Vorsatz ist ein zusammengesetzter Begriff, das ist richtig; aber der eine Teil dieses Begriffes ist undenkbar ohne den andern.

Damit sei zum Schluß das Fazit zusammengezogen in die Sätze:

„Vorsatz = Wollen des Erfolges (im weiteren Sinne)";[3])

---

[1]) Dies haben wir schon oben bei Klee dargelegt.

[2]) Für unsere Ansicht würde aber feststehen, daß der Schluß vom Vorsatz auf den Versuch nicht zwingend ist, sondern daß Versuch anzunehmen ist, weil es sich um den Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal handelt. Ferner wäre unzweifelhaft, daß § 59, Abs. 1 bei dieser Folgerung nichts zu bedeuten hat.

[3]) Ich sage: i. w. S., weil in diesem „Wollen des Erfolges" eben eo ipso, ohne weiteres mit Notwendigkeit das „Wissen der Tatbestandsmerkmale" liegt. Daraus folgt, daß jedesmal, wenn das Wissen der Tatbestandsmerkmale nicht vollständig ist, auch im Wollen des Erfolges ein Fehler liegen muß, d. h. eben der Erfolg in unserm Sinn nicht vorliegen kann; denn weiß ich die Tatbestandsmerkmale nicht richtig, wie sie in concreto sind, liegt ein Irrtum i. c. S. vor, so geht das Wollen zu weit, da die Vollendung nicht möglich ist. Das sei an einem Beispiel exemplifiziert und zugleich etwaige Einwände wegen Duplizität des Vorsatzes oder Versuchs nochmals zurückgewiesen. Halten wir fest am Diebstahl an eigener Sache!

Hier könnte eingewendet werden: „der gewollte Erfolg ist nicht eingetreten und der eingetretene Erfolg ist nicht gewollt". Ich sehe ganz ab von gegnerischen

Digitized by Google

„Versuch = Willensbetätigung mit der Richtung auf einen „Erfolg," bei welcher dieser „Erfolg" nicht eingetreten, gleichviel aus welchem Grunde."

III. Den bisherigen Erörterungen über v. Liszts Versuchslehre wären noch einige nebensächliche Bemerkungen beizufügen, welche direkt nichts mit der Frage des untauglichen Versuchs zu tun haben, die wir aber schon aus dem Grunde berühren möchten, weil uns dadurch ermöglicht wird, bei Darlegung unserer persönlichen Ansicht darauf Bezug nehmend, kürzer vorzugehen.

In v. Liszts Lehrbuch scheint uns nämlich bei Besprechung der **Stellung des délit manqué** ein Widerspruch gegeben zu sein.[1]) Vom Standpunkt de lege lata und daher auch vom Gesichtspunkt eines Lehrbuchs aus stellt v. Liszt mit vollem Recht das fehlgeschlagene Verbrechen zum beendigten Versuch im weiteren Sinne. Er sieht demgemäß im beendeten Versuch den Oberbegriff, unter welchen sowohl der beendete Versuch im engeren Sinne als auch das fehlgeschlagene Verbrechen fallen; er faßt den beendeten Versuch im Sinne des früheren delictum perfectum, im Sinne der tentative achevée

---

Vorsatzdefinitionen, halte mich an das Wollen des Erfolges, und da wäre zu erwidern: der gewollte Erfolg, Wegnahme einer Sache zugleich mit einer bestimmten rechtlichen Lagerung (= Wissen der Tatbestandsmerkmale), ist nicht eingetreten. Es ist aber u. E. überhaupt kein Erfolg eingetreten. Zum „Erfolg" fehlt doch das Begriffliche des Tatbestandes (ich stimme hier wieder mit Liepmanns Definition „Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale" überein, (wobei eo ipso die bestimmte Lagerung Kohlrauschs gegeben)), da die natürliche Handlung allein uns nichts angeht. Ist also auf der Willensseite ein Fehler zu konstatieren, so ist ein ebensolcher auch auf der Wissensseite. (Das Fehlen auf der Willensseite besteht gerade im Nichteintritt oder Nichtdasein des Erfolges, d. h. im zuweitgehen des Willens auf Grund des Mankos auf der Wissensseite, der in der Unkenntnis der Qualität der Sache als „eigene" (also im Irrtum) besteht).

[1]) Vgl. über das délit manqué v. Liszt, Lehrbuch S. 185. Ganz allgemein verweise diesbezüglich auf Goldschmidt a. a. O.; Mercier a. a. O.; Berner, G.S. 1865, XVII S. 81 ff. Ein ähnlicher Irrtum wie bei v. Liszt zeigt sich auch bei Nabokow S. 3, wenn er tentative achevée, délit manqué und beendigten Versuch koordiniert.

Digitized by Google

der Franzosen als Unterabteilung des Versuchs und subsumiert ihm einerseits jene Versuchsart, bei welcher eine gewisse Pendenz Wesensmerkmal ist, andererseits das délit manqué, bei welchem der Nichteintritt des Erfolges sicher sein muß. Der beendete Versuch im engeren Sinne erscheint hierdurch als Vorstufe sowohl zur Vollendung als auch zum délit manqué.

In diesen Punkten stimmt denn v. Liszt mit der in Deutschland herrschenden Lehre überein.

Gerade das Gegenteil von dem bisher Gesagten liegt aber in Liszts Hinweis auf die romanischen Rechte[1]), in der Behauptung, daß die Unterscheidung seines Textes jener entspreche, die zwischen délit manqué (frustrato) und délit tenté (auch tentative suspendue) in jenen Rechten gemacht werde. Darin liegt ein unlösbarer Widerspruch, eine vollkommene Verkennung der Stellung des délit manqué im französischen Recht!

Das délit manqué der Franzosen ging aus der tentative manqué (achevée) hervor,[2]) wobei aber feststeht, daß die Franzosen bei der Bildung des neuen Begriffes diesen nicht der tentative achevée gleich- oder unter-, sondern im Gegenteil gegenüberstellten. Während die tentative achevée naturgemäß unter den Begriff der tentative[3]) fiel, bildet das délit manqué als Vollendung und mit der Vollendung den Gegensatz zum Versuch,[4]) wobei ihm die Eigentümlichkeit zukommt, selbst durch tätige Reue, d. h. also durch jegliche freie Willensbetätigung des Täters nicht suspendiert werden zu können.

Es entstehen daher für das französische Recht drei Kreise: délit tenté (tentative suspendue) auch kurzweg tentative = unbeendeter Versuch; délit manqué = fehlgeschlagenes Verbrechen (nicht: fehlgeschlagener Versuch) und der Komplex jener Fälle, die ursprünglich neben dem jetzigen délit manqué

---

[1]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 185 Anm. 7 und Z. I 1881 S. 94ff.

[2]) Über das Folgende vgl. Goldschmidt a. a. O S. 13ff., 17ff.; Mercier a. a. O. S. 29ff.

[3]) Der Begriff tentative war ursprünglich nicht auf den unbeendeten Versuch beschränkt.

[4]) A. A. noch Berner in G.S. 1865 XVII S. 103ff.; dazu Goldschmidt a. a. O. S. 17ff.

Digitized by Google

unter die tentative manqué fielen, die also einen beendeten Versuch darstellen, bei denen aber noch tätige Reue möglich ist, das ist also beendeter Versuch im engeren Sinne.

Für diese letzten Fälle aber haben die Franzosen naturgemäß kein Unterkommen, da diese weder zur tentative noch zum délit manqué gezählt werden können; in Deutschland dagegen fallen sie noch unter den Begriff „Versuch im weiteren Sinne“ und haben zudem eine bestimmte Regelung im § 46 Nr. 2 R.St.G.B. gefunden.[1])

Halten wir also an der Tatsache fest, daß der Begriff des fehlgeschlagenen Verbrechens in Frankreich nicht zum Versuch gezählt, daß er demgemäß weder dem beendeten Versuch im weiteren Sinne gleich-[2]) noch untergestellt[3]) wird, so dürfte es auch ohne weiteres einleuchten, daß die hervorgehobenen Stellen aus Liszts Lehrbuch einander vollkommen ausschließen. Ebenso klar dürfte es aber sein, daß Liszt tatsächlich nicht die Unterscheidung der romanischen Rechte macht, sondern mit dem größten Teil der deutschen Schriftsteller übereinstimmend den Begriff Versuch so weit faßt, daß darunter auch das fehlgeschlagene Verbrechen fällt. Mit anderen Worten: Liszt will das fehlgeschlagene Verbrechen nur aus dem engern Versuchsbegriff ausgeschieden wissen.

Wendet sich aber v. Liszt ausdrücklich dagegen, den Wortlaut des § 43 R.St.G.B. auf das fehlgeschlagene Verbrechen anzuwenden[4]), so ist dies wieder mißverständlich. Es können doch seine ganzen Deduktionen nur dann verstanden werden,

---

[1]) Auf die Streitfragen bezüglich dieses Paragraphen kann ich hier natürlich nicht eingehen. Es sei deshalb verwiesen auf Goldschmidt a. a. O. S. 36ff.

[2]) So z. B. Köstlin, vgl. darüber Goldschmidt a. a. O. S. 30, 47. Allerdings handelt es sich bei solchen Fragen oft um rein terminologische Unterschiede. Vgl. H. Meyer, Lehrbuch S. 216 Anm. 76.

[3]) Das fehlgeschlagene Verbrechen wird dem beendeten Versuch unterstellt: von der älteren Doktrin: vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 26ff. Zum Versuch gezählt wird es auch von Olshausen a. a. O. S. 156 Nr. 6; Frank § 43 S. 55 VI; Goldschmidt a. a. O. S. 36ff., S. 67; Stooß, Verhandlungen Bd. I S. 93; v. Liszt, Lehrbuch S. 185. Berner, G.S. XVII 1865 scheint noch beendeten Versuch und fehlgeschlagenes Verbrechen gleichzustellen. .

[4]) Vgl. v. Litzt, Lehrbuch S. 185 Anm. 7, S. 190 Anm. 2.

Digitized by Google

wenn man gerade auf den „Anfang der Ausführung“ das Hauptgewicht legt. Dann erst kommt man zur Ausscheidung des fehlgeschlagenen Verbrechens aus dem engern Versuchsbegriff, wenn man sich vergegenwärtigt, daß bei demselben die Ausführung vollendet, mithin kein Anfang der Ausführung mehr gegeben ist. Wir können daher v. Liszts Bemerkungen nur dahin verstehen, daß der Wortlaut des § 43 nur für den unbeendeten Versuch als erschöpfend zu betrachten sei, daß der beendete Versuch eben darin keine Regelung gefunden habe, daß also die Schlußfolgerung: „Die Nichterwähnung des fehlgeschlagenen Verbrechens im § 43 beweise, daß dieses nicht zum Versuch zu zählen sei“, unrichtig wäre. —

Von unserer Auffassung der Handlung ausgehend müssen wir aber auch dieser Scheidung in beendeten und unbeendeten Versuch die Daseinsberechtigung absprechen. Nach unserer Ansicht ist es vollkommen klar, daß das fehlgeschlagene Verbrechen zum Versuch zu zählen ist. Sich aber auf die natürliche Handlung stützend zu sagen, daß diese beim délit manqué vollendet sei, scheint uns vollkommen belanglos. Gegenüber der Annahme einer Vollendung — möge sie mit Klee noch zum Versuch, möge sie mit den Franzosen zum vollendeten Verbrechen gezählt werden — wiederholen wir unsere persönliche Ansicht: „Vollendung im juristischen Sinn ist erst dann gegeben, wenn sowohl das Physische als das Begriffliche des Tatbestandes sich verwirklicht hat (vollendet ist). So lange der Erfolg nicht eingetreten, liegt Versuch vor.“[1])

---

[1]) Weitere Einwände gegen v. Liszts Deduktionen könnten darauf beruhen, daß seine Polemik gegen die Schlußfolgerung des R.G.s „Jeder Versuch ist strafbar, der untaugliche Versuch ist Versuch, folglich ist der untaugliche Versuch strafbar“ (vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 190) nicht einleuchtend ist. Zum mindesten hat jene Schlußfolgerung ebensoviel Berechtigung wie v. Liszts persönliche Ansicht, welche den Obersatz negiert. Vgl. darüber auch Mercier a. a. O. S. 81 Anm. 1. Und auch mit Liszts diesbezüglichen Ausführungen S. 106 Z. 1 1881 können wir uns nicht vollständig einverstanden erklären. — Die Bezeichnung „teilweise Ausführung“ beim nicht beendigten Versuch (v. Liszt, Lehrbuch S. 185) ist, wenn auch nicht falsch, so doch verwirrend. Sie läßt

Digitized by Google

Drittes Kapitel:
„Subjektive Theorien".

§ 7: Lammasch.

I. Mit den Ausführungen über v. Liszts Lehre hätten wir denjenigen Abschnitt unserer Arbeit vollendet, der dazu bestimmt war, die gemischten Theorien einer näheren Betrachtung de lege ferenda zu unterziehen. Das Endergebnis, welches wir dabei zu ziehen in der Lage waren, ist dahin zusammenfaßbar, daß keine der besprochenen Theorien mit der Zuversicht, eine glückliche Lösung der praktischen Frage zu enthalten, einer künftigen Gesetzgebung zugrunde gelegt werden kann.

Neben den Nachteilen, die den einzelnen objektiven Theorien als solchen anhaften, die wir daher naturgemäß bei deren Besprechung hervorgehoben, wäre aber auch noch auf einen solchen von allgemeiner Gültigkeit hinzuweisen. Haben auch einige der objektiven Theorien kein genügendes Anpassungsvermögen an die Lebensverhältnisse gezeigt, andere aber Begriffe zur Grundlage gewählt, welche logisch oder rechtlich unhaltbar waren, so waren wieder andere, gegen die diese Vorwürfe nicht gerichtet werden können, zu weitmaschig, um einer einheitlichen Praxis zum Stützpunkt zu dienen, **alle** aber unfähig, die Praevention in zweckgemäßem Umfange berücksichtigen zu können, da die Objektivisten konsequenterweise warten müßten, bis ein Schaden eingetreten, um erst daraufhin strafend zu reagieren. Dieser Umstand aber hängt wieder damit zusammen, daß die objektiven Theorien, wie schon gesagt, die Handlung, die Tat, den Erfolg zur Grundlage ihrer Deduktionen genommen und bisher eine Begründung der Gefährdung als Strafbarkeitskriterium, wie wir auch schon mehrmals hervorgehoben, nicht gegeben haben.[1])

sich gar zu leicht mit „teilweise Verwirklichung" verwechseln (so Geyer, Z. I S. 42. Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 190 Anm. 2).

[1]) Vgl. oben Anm. 4 S. 124.

Digitized by Google

Während also der Objektivist eigentlich nur die Vollendung strafen dürfte und die Versuchsstrafe schon einen Durchbruch seines Prinzips bedeutet, ist für den Subjektivisten gerade die Versuchsstrafe das Normale. Wollte man aber dem letztern gegenüber einwenden, das auch er in der Kundgebung des Willens einen Schaden postuliere, so könnte immerhin der Unterschied nicht übersehen werden, daß es sich das eine Mal um einen realen, das andere um einen idealen Schaden handelt.

Solche und viele andere Gründe sind es, welche den objektiven Standpunkt als einen legislativ unzulänglichen charakterisieren; der **Übergang zum Subjektivismus** wird aber noch leichter verständlich werden, wenn wir eines von jenen Momenten hervorheben, welche von den meisten Subjektivisten als Einwände gegen die „ältere“[1]) objektive Theorie verwendet worden sind, jene Tatsache, daß es bis jetzt keinem Vertreter des Objektivismus gelungen ist, ein alle Anforderungen befriedigendes objektives Unterscheidungsmerkmal zwischen gewöhnlichem und untauglichem Versuch zu finden. Und beachtet man, daß im Grunde genommen jeder Versuch ein untauglicher ist, da doch in jedem Versuch zum mindesten der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg wegen eines im Konat selber enthaltenen Mangels, wegen eines in jedem Versuch gegebenen Irrtums, fehlt,[2]) so dürfte man füglich die Möglichkeit solcher Grenzziehung bezweifeln. Unsere bisherigen Erörterungen haben ja allerdings gezeigt, daß die verschiedensten objektiven Theorien ein solches Differenzierungs-

---

[1]) „Älter“ kann die objektive Theorie nur genannt werden, wenn wir unsere Betrachtung mit Feuerbach beginnen. Weiter zurückgehend gelangen wir eben wieder auf die Vorherrschaft des Subjektivismus, wie dies von Saleilles, Gallet u. A. A. schon nachgewiesen worden.

[2]) Dieser Ansicht sind auch: E.R. Bd. I S. 443; Holtzendorff, Handbuch II S. 291; Haelschner, Lehrbuch S. 344, 350; Hertz a. a. O. S. 40, 57 u. a.; v. Buri, G.S. 1867 XIX S. 67; derselbe, G.S. 1880 XXXII S. 344, 345; derselbe, Z. I S. 186, 187 und Beiträge S. 188, 191; Bar a. a. O. S. 19; Lammasch, Moment obj. Gef. S. 11; Oetker in Z. XVII S. 56 a. E.; Eisenmann in Z. XIII S. 465, 466, 468.

Dagegen: Geyer, Z. I 1881 S. 39; v. Rohland a. a. O. S. 99; Benevolo a. a. O. S. 63; Cohn, vgl. hierüber Z. I S. 41.

Digitized by Google

merkmal gefunden zu haben glaubten, doch konnten weder die Tauglichkeit resp. Untauglichkeit des Mittels in abstracto,[1]) noch die Verschiedenheit des Zeitpunktes, in welchem diese Untauglichkeit eintritt[2]) oder das Bestehen resp. Nichtbestehen einer objektiven Gefahr,[3]) noch endlich die von manchen angenommene objektive Bedeutung eines Unterschiedes im Irrtum[4]) einer eingehenden Prüfung standhalten.

Denn werden diese Momente schon von den Subjektivisten im allgemeinen durch streng logische Schlußfolgerungen ad absurdum geführt, so haben einige Autoren, z. B. Hertz,[5]) Lammasch[6]) und Goldfeld,[7]) ganz speziell den Nachweis zu geben versucht, daß ein objektives Unterscheidungsmerkmal zwischen gewöhnlichem und untauglichem Versuch nicht bestehe.

Es scheint denn überhaupt die Frage nach einer Abgrenzung des Gebietes des tauglichen und des untauglichen Versuchs vollkommen nebensächlich zu sein, wenn jemals beachtet wird, daß der springende Punkt solcher Erörterungen über den Versuch nicht hierin, sondern in der Abgrenzung der Strafbarkeit liegt.[8])

Erst der Subjektivismus aber, und auch dieser nicht von vornherein, förderte den hervorgehobenen Gesichtspunkt mit immer größerer Klarheit zu Tage, so daß hierbei jene Autoren, welche noch eine Grenzziehung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch machen, dieser nicht mehr grundlegende

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 17.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 9; Havenstein S. 47.

[3]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 11.

[4]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 29.

[5]) Vgl. Hertz a. a. O. (und zwar die ganze Arbeit).

[6]) Lammasch, Moment obj. Gef. Abschn. I u. II, speziell S. 25.

[7]) Goldfeld a. a. O. (mit besonderer Rücksicht auf die relat. Strafbarkeit).

[8]) Man wende nicht ein, daß die Scheidung in tauglichen und untauglichen Versuch und andere aufgestellt worden seien, um die Strafbarkeitsfrage ihrer Lösung entgegenzuführen. Eine solche Scheidung ist unzweckmäßig und unnötig. Die Kriterien des Versuchs sind sowohl beim tauglichen als beim untauglichen gegeben. Hält man aber fest an dem Satze: „Jeder Versuch ist untauglich", so dürfte es einleuchten, daß der springende Punkt darin liegt: „Wie steht es mit der Strafbarkeit?" A. A. Cohn, Jurist. Wochenschrift, XXXII. Jahrg. S. 288.

Digitized by Google

Bedeutung beimessen (Lammasch), andere Schriftsteller dagegen von einer solchen Unterscheidung vollkommen absehen (v. Buri). —

Diesen verschiedenen Strömungen innerhalb des Subjektivismus sollen nun unsere folgenden Ausführungen gewidmet sein. Da die subjektive Theorie jedoch sehr viele Anhänger[1]) gefunden hat und deren Meinungen wieder mannigfach von einander abweichen, so werden wir uns damit begnügen müssen,

---

[1]) Anhänger einer subjektiven Richtung sind von den im Literaturverzeichnis hervorgehobenen Schriftstellern: a) Lammasch, Hertz, Goldfeld, v. Sterneck, Stooß (?): gemäßigt; b) v. Buri, R.G., Gallet, Garçon, Pirozzi, Prins, Schwartze, Zürcher: strenge subj. Richtung; c) Eisenmann, Thiry: strengste Subjektivisten; d) Ferri, Fioretti, Garofalo, Majno: Anhänger der posit. Schule.

N. B.: Diese Einteilung ist wie jede Unterscheidung in großen Zügen etwas willkürlich und ungenau. Die Beurteilung der Richtung bezieht sich auf den etwa gemachten Gesetzesvorschlag (weniger auf den prinzipiellen Standpunkt). Die Gruppe d ließe sich auch unter einer andern unterbringen. Wir sind aber doch der Ansicht, daß sie besser als selbständig hingestellt wird, da doch die positive Schule eine selbständige Richtung vertritt.

Näheres vgl.:

Lammasch, Moment obj. Gef. S. 62, 64, 76; Hertz a. a. O. u. a. S. 86, 87 und hierzu v. Buri, G.S. 1875 XXVII S. 153ff.; Goldfeld a. a. O. z. B. S. 30, 33ff., 41, 42; v. Sterneck a. a. O. S. 17ff.; Stooß, Grundzüge S. 217, 218 (sehr schwankend).

v. Buri, G.S. 1867 XIX z. B. S. 71, 63, G.S. 1868 XX z. B. S. 330ff., G.S. 1875 XXVII z. B. S. 153ff., G.S. 1880 XXXII u. a. S. 323, 369[2], Z. I 1881 u. a. S. 210, G.S. 1888 z. B. S. 529: vgl. seinen Kompromiß-Ges.-Vorschlag S. 536; R.G. z. B. in den Urteilen vom 24. Mai 1880: vgl. E.R. I S. 439ff. und vom 21. Juni 1900: vgl. E.R. XXXII S. 321ff.; Gallet a. a. O. Nr. 118 bis 120 incl.: S. 265ff., Nr. 127 S. 297, Nr. 145, 146 S. 344ff.; Garçon a. a. O. Nr. 113 bis 115 incl.: S. 24, 25; Pirozzi, vgl. bei Fioretti a. a. O. S. 473ff.; Prins a. a. O. Nr. 234 a. E. S. 143; Schwartze in Holtzendorffs Handbuch II S. 293, 302 (298); Zürcher, Grundlagen S. 18.

Eisenmann, Z. XIII 1893 S. 468, 469, 485; Thiry a. a. O. S. 305ff.

Ferri, Sociologia S. 704; Fioretti a. a. O. S. 485; Garofalo, Il tentativo S. 7, 8, 10, Criminologie S. 342, 343, 344, 352 a. E.; Majno, Commento Nr. 286 a. E. S. 166, 167 (?).

Die hier angeführten Seitenzahlen deuten nur auf diejenigen Stellen hin, aus denen der subj. Standpunkt und der event. gesetzliche Vorschlag ersichtlich sind. Weiteres vgl. in den Arbeiten aus welchen die zitierten Stellen stammen.

Digitized by Google

in zwei Vertretern der neuen Lehre die Variationen derselben darzulegen. Der Verschiedenheit halber wählen wir dazu einen gemäßigt subjektivistischen Autor (Lammasch) im Gegensatz zu einem streng subjektiven (v. Buri, § 8).

II. Einem von allen Theorien gleichmäßig anerkannten richtigen Grundsatz folgend, sieht auch **Lammasch** den Ausgangspunkt für seine **Erörterungen über den untauglichen Versuch** in der Feststellung von Zweck und Grund der Strafe. „Eine positive Begründung der Strafbarkeit auch des objektiv ungefährlichen Versuchs ist nur möglich durch Zurückführung auf die Gründe, die im allgemeinen den Staat bestimmen, Strafe zu drohen und zu vollziehen, nur durch Zurückführung auf eine Theorie über Grund und Zweck der Strafe.“ [1])

Scheint aber nicht schon in diesem Leitsatze die prinzipielle Strafbarkeit des ungefährlichen Versuchs bejaht zu sein? Liegt nicht schon in dem Ausdruck „ungefährlicher Versuch“ der Gegensatz zu einem andern Versuchstypus, „dem gefährlichen“, zugleich aber auch das Zugeständnis der Möglichkeit einer Abgrenzung dieser beiden Versuchsarten?

Der ersten Frage Beantwortung müssen wir noch etwas zurückhalten. In Bezug auf den zweiten Punkt mag aber hervorgehoben werden, daß allerdings auch Lammasch die Möglichkeit einer Grenzziehung in dem einen Abschnitt seiner Arbeit erörtert und daß er sogar zu einem positiven Ergebnis gelangt.[2]) Er beschränkt sich nicht allein auf die Negierung des Bestehens eines objektiven Unterscheidungsmerkmals, nein, er ist der Ansicht, daß sich der gefährliche Versuch nur in subjektiver Beziehung vom ungefährlichen unterscheide und zwar liege das Differenzierungskriterium im Irrtum, der beim gewöhnlichen Versuch auf äußere Umstände sich erstrecke, während er beim untauglichen Versuch auf die eigene Tätigkeit Bezug habe.

Man möge aber dieser Grenzziehung nicht allzu großes Gewicht beilegen. Ihre Richtigkeit wollen wir an diesem

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 51.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. Abschnitt II.

Digitized by Google

Orte nicht erörtern, so viel mag aber ausgesprochen sein: Lammasch sieht offenbar darin nicht die Grundlage für die Lösung der Frage über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, vielmehr hat er uns ja selbst dieselbe anderweitig angegeben. Liegt jene aber in der Feststellung von Grund und Zweck der Strafe, so ist uns auch der Weg für die Darlegung seiner Ansicht gewiesen. Er geht auf die Klarlegung der Frage: „Worin sieht Lammasch den Zweck der Strafe und was folgen daraus unmittelbar für Konsequenzen?“

Als Zweck der Strafe die Sicherung der Gesellschaft[1]) betrachtend, folgert Lammasch daraus ganz richtig, daß die Strafe auch die Aufgabe habe, vor zukünftigen Delikten zu bewahren, solchen vorzubeugen, also **präventiv** zu wirken. Die Sicherung der Gesellschaft, die Prävention könne aber nur dann vollständig erzielt werden, „wenn nicht bloß das Verhalten, das tatsächlich für den vom Staate zu hindernden Erfolg kausal ist, unter Strafdrohung gestellt wird, sondern auch jenes, das dem Täter nur kausal schien, ohne es wirklich zu sein.“[2]) Ja, Lammaschs Ansicht tritt noch deutlicher hervor in der Stelle: „Im eigentlichsten Sinne ist sogar nur das Versuchen einer Übeltat das Strafbare. Die Strafdrohung ist die Sanktion eines Gebotes oder Verbotes. Was kann man nun dem Menschen verbieten: Das Eintreten eines Erfolges oder das Anstreben desselben? Schon die Sprache sträubt sich gegen die erstere Annahme, für die selbst eine adäquate grammatische Form fehlt. Das Eintreten des Erfolges, das sich durch die zwingende Macht des Kausalitätsgesetzes vollzieht, sobald die Bedingungen desselben in ihrer Vollständigkeit vorhanden sind, liegt außerhalb des menschlichen Machtbereiches. Das Höchste, was wir vermögen, ist: die Bedingungen des Erfolges zu erkennen und jene, die uns in der Tatsächlichkeit zu fehlen scheinen, ergänzen zu wollen. Dieses Streben nach Komplettierung der Bedingungen des Erfolges ist es, was wir Versuchen nennen und was allein dem Menschen zugerechnet werden kann,

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 52.
[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 53.

Digitized by Google

während der Erfolg selbst, als eine Tatsache, nach ehernen, durch den menschlichen Willen nicht zu beugenden Gesetzen sich vollzieht. Nur das Bewirkenwollen, nur das Versuchen, als das allein Psychische an der Tat, ist es, dem der Staat mit psychischen Mitteln entgegenwirken kann,[1]) und weiter unten:[2]) „Die Norm ... kann ihm (dem Menschen) daher nur das verbieten und das gebieten, was ihm für den rechtswidrigen resp. rechtsmäßigen Erfolg kausal scheint, nicht was tatsächich für das eine oder das andere kausal ist" und zuletzt:[2]) „Wenn das Verbot nicht lauten würde: „Du sollst nicht ... zu bewirken suchen," sondern: „Du sollst nicht ... bewirken", wäre es uns unmöglich, je zu wissen, ob es gegenüber einer bestimmten Handlung, die wir als kausal für diesen Erfolg uns vorstellen und daher wollen, Anwendung finde d. h. sie verbiete, oder ob es keine Anwendung habe, denn ob wir den Erfolg, den wir bewirken wollen, tatsächlich bewirken werden oder nicht, wissen wir nie."[3])

Die Hauptbetonung in den zitierten Stellen scheint uns nun in dem Satze zu liegen: „Nur das Bewirkenwollen, nur das Versuchen als das allein Psychische an der Tat ist es, dem der Staat mit psychischen Mitteln entgegenwirken kann."

Denn hierin liegt die Ansicht Lammaschs deutlich ausgesprochen, daß einerseits der Versuch und eigentlich nur der Versuch strafbar sei, daß andrerseits aber auch jeder Versuch bestraft werden müsse. Soll sich eben die staatliche Reaktion gegen das Bewirkenwollen richten, so ist es ja unzweifelhaft

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 53, 54; so auch Geyer, Z. I 81 S. 40 „das Wollen ist unser, nicht das Vollbringen.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 61; vgl. unsere Ausführungen über den Vorsatz oben S. 126ff.

[3]) Im gleichen Sinn bezüglich der Norm: Oetker, Z. XVII S. 62 Anm. 27: „Das Verbot „Du sollst nicht verursachen!" heißt nicht einfach: Du sollst nichts tun was objektiv zur Ursache wird. Wie könnte ein solches Verbot zur Richtschnur werden für das Verhalten der Normunterworfenen?" Im übrigen verteidigt er die obige Fassung und interpretiert sie.

v. Buri, Z. I 1881 S. 196 legt die Norm auch ähnlich wie Lammasch aus. Schlecht, Z. XIX S. 858 scheint mir eine entgegengesetzte Ansicht zu vertreten.

Digitized by Google

nötig, daß sie jedem Versuch einer strafbaren Handlung entgegentrete.

Zugleich ist aber in der Stelle der eine Grund der absoluten Strafbarkeit des Konats angedeutet, jener Grund, der in dem Umstand gipfelt, daß die Reaktion gegen den Versuch als die eigentlich allein mögliche Gegenwirkung gegenüber strafbaren Handlungen aufgefaßt werden müsse, da man doch nur jenen Folgen menschlicher Willensbetätigung entgegentreten könne, welche im Machtbereiche des Menschen liegen.

Neben diesem einen Grunde führt aber Lammasch auch noch andere aus dem Zweck folgende als Stütze seiner Ansicht an, so z. B. die Notwendigkeit der Prävention gegenüber strafbaren Handlungen. Und hat er nicht vollkommen Recht, wenn er die Versuchsstrafe auch durch die psychologische Einwirkung motiviert, durch die psychologische Einwirkung in der eben die verlangte Prävention liegt? „Was könnte stärker abhaltend wirken, als die Besorgnis, den angestrebten Erfolg möglicherweise zu verfehlen, dem gefürchteten aber trotzdem zu verfallen; was vermöchte die Kraft der Strafdrohung empfindlicher abzuschwächen, als das sichernde Bewußtsein, nur im Falle tatsächlicher Verwirklichung des gewollten Zweckes der Strafe zu unterliegen, sodaß sie sich vollständig als Preis des Deliktes darstellte?“ [1])

Und ist es nicht unbestreitbar, daß solche „psychologische Erwägungen“ noch mehr berücksichtigt werden müssen, als bisher; ist es nicht wiederum einleuchtend, daß man gegen jenen Menschen, auf dessen Bewußtsein die Vorstellung des Strafübels „einer den Zwecken des Staates genügenden Wirksamkeit entbehrt“ hat, daß man gegen jeden solchen Menschen strafend einschreiten muß?[2]) Zwingen uns aber diese drei Gründe nicht ohne weiteres zur Bestrafung des Versuchs?

Verneinend wird auf diese letzte Frage wohl niemand antworten; und so wären wir in der Lage, vom Zweck der Strafe ausgehend, die absolute Strafbarkeit des Versuchs be-

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 53.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 64.

Digitized by Google

jahen und begründen zu können, und zwar nicht allein die Strafbarkeit des gewöhnlichen Versuchs, sondern auch diejenige des ungefährlichen, kann doch der diese beiden Typen unterscheidende Irrtum unmöglich die Berechtigung enthalten, den einen Fall straflos zu lassen, den andern aber als strafbar zu behandeln.[1])

Ist es nun aber richtig: bewirkenwollen = versuchen zu setzen? Folgt aus der eventuellen Unrichtigkeit dieser Annahme nicht notwendigerweise auch die Unrichtigkeit der daraus gezogenen Folgerungen?

Hier scheint allerdings eine Ungenauigkeit vorzuliegen. Richtet der Staat seine strafrechtlichen Einwirkungen gegen das Bewirkenwollen, kann er sie nur gegen dieses richten, so soll und muß damit offenbar der Wille getroffen werden. Jenes Stadium der verbrecherischen Handlung muß dann der strafrechtlichen Repression unterworfen werden, welches eben dieses Bewirkenwollen, diesen Willen aufweist.

Unseres Erachtens ist aber das Bewirkenwollen, würde man es auch nicht dem „reinen" Willen gleichsetzen, ebenso deutlich in der Vorbereitung, ja sogar im Unternehmen sichtbar, wie im Versuch.[2]) Für den gewöhnlichen Sprachgebrauch könnte es vielleicht richtig sein, die Ausdrücke „Bewirkenwollen" und „Versuchen" promiscue zu gebrauchen, keinesfalls deckt sich aber der erstere Begriff mit dem Versuch in juristischem

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 63.

[2]) Wir unterscheiden demgemäß bei der strafrechtlich relevanten Handlung: Unternehmen, Vorbereitung, Versuch und Vollendung.

Um nun dem Einwand zu begegnen, daß dies rein objektive Kriterien sind, daß sie demgemäß nicht in diese Theorie passen, machen wir ausdrücklich darauf aufmerksam, daß wir vom subjektiven Standpunkt ausgehend diese Stufenleiter nicht notwendig gebrauchen. Wir müssen uns aber immerhin an eine allgemein gebräuchliche Terminologie halten und dürfen nicht eine Privatterminologie aufstellen.

Die „Stufenleiter" ist ja eigentlich schon umgangen, wenn wir erklären, daß dasjenige Stadium der Handlung strafbar sei, welches als erstes den Willen, das Bewirkenwolllen zeigt. Damit fußen wir doch fortgesetzt auf dem Willen und sind lediglich durch die Terminologie und in der Terminologie auf objektive Kriterien gelangt.

Digitized by Google

Sinne. Der Versuch in technischem Sinn ist enger als das Bewirkenwollen.

Allerdings wäre ja eine Erweiterung des strafbaren „Versuchs“ an und für sich kein Nachteil, als ein solcher Nachteil müßte aber eine Regelung angesehen werden, welche durch Gleichsetzung von „bewirkenwollen“ und „versuchen“ den strafbaren Versuch auch über das Unternehmen im weitesten Sinn, ja über das Gebiet des bloßen Willens erstrecken würde.

Prima facie wäre man also vollkommen berechtigt, Lammaschs Äußerungen dahin auszulegen, daß er den Willen an und für sich zur Basis der Strafbarkeit erhebe. Immerhin wären aber auch dann die von diesem Autor angeführten Gründe der Bestrafung des Versuchs ebenso richtig, wie in dem andern Fall, in dem man etwa vom „Anfang der Ausführung“ aus die Schlußfolgerungen ziehen würde.

Es mag aber jetzt schon gesagt werden, daß wir das Bewirkenwollen, den Willen im Sinne Lammaschs, nicht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch entsprechend fassen dürfen.

Das Bewirkenwollen, der Wille im Sinne der Lammaschschen Theorie enthält noch ein Kriterium, durch welches die Möglichkeit der Betrafung des Willens an sich verhindert wird. Die Ausdehnung der Strafbarkeit in dem eben von uns dargelegten Umfange würde den Absichten dieses gemäßigten Subjektivisten keineswegs entsprechen.

Da wir jedoch auf die einschränkenden Kriterien der Lammaschschen Theorie erst weiter unten (IV.) näher zu sprechen kommen, mag vorderhand dessen Ansicht, daß der Versuch und eigentlich nur der Versuch strafbar sei, ebenso wie die Grundlage dieser Deduktionen: bewirkenwollen = versuchen als richtig angenommen werden.

Unsere Untersuchung über die Frage der absoluten Strafbarkeit führt also zu dem Resultat, daß kein Grund vorliege, diese Strafbarkeit bei irgend einer Art des Versuchs zu negieren.[1])

III. Bevor wir aber im folgenden auf die relative Straf-

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 64 a. E.

Digitized by Google

barkeit des Versuchs (IV.) näher eingehen, möchten wir eine Frage unserer Betrachtung unterwerfen, welche uns durch die eben hervorgehobene Ansicht Lammaschs, daß der Versuch, und nur der Versuch, mit Fug und Recht bestraft werden könne, zur Beantwortung vorgelegt wird: **„Ist der Versuch oder ist die Vollendung als primär strafbar zu betrachten?“**, d. h. mit anderen Worten: ist die Vollendung schwerer zu bestrafen, als der Versuch, oder ist umgekehrt der Versuch milder zu ahnden, als die Vollendung? Muß also der Gesetzgeber, will er sich mit unserer wissenschaftlichen Erkenntnis in Übereinstimmung halten, eine Normalstrafe für Versuch oder für Vollendung aussprechen?

Nach all dem schon Gesagten kann es unseres Erachtens keinem Zweifel unterliegen, daß Lammasch den Versuch als das primär Strafbare auffassen müßte,[1]) folglich auch für diesen eine Normalstrafe auszusetzen hätte, für die andern Stadien der Handlung dagegen höhere Strafen lediglich aus dem Grunde aussprechen könnte, weil in jenen die Handlung näher zum Erfolg oder gar bis zum Erfolg gelangt ist. Es wäre demnach diese höhere Strafe nicht im Recht selbst begründet, sondern sie wäre aus den schon angegebenen Gründen unter weiterer Berücksichtigung des Umstandes, daß je nach Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges die Werturteile der Allgemeinheit wesentlich schwanken rein kriminalpolitisch zu rechtfertigen. Es würde damit eine Quasi-Erfolgshaftung statuiert und zwar in dem Sinne, daß der Täter für den Eintritt eines Erfolges einstehen müßte, den herbeizuführen er nicht in seiner Macht hatte.[2])

---

[1]) Das geht ja ohne weiteres aus der oben angeführten Ansicht hervor. Würde das Bewirkenwollen nicht dem Versuchen gleichzustellen sein, wie aus IV. hervorgehen wird, sondern würde darin die Strafbarkeit des Willens begründet sein, so würde wohl in praxi gleichermaßen erst der Versuch bestraft werden.

[2]) v. Kries drückt sich in der Schrift über den Begriff der obj. Möglichkeit S. 303 Anm. 1 in einem kurzen Exposé fremder Ansichten dahin aus: „Beide Autoren leiten aus diesem Prinzip die Berechtigung her, das vollendete Verbrechen stärker als den Versuch zu bestrafen. . . .“ Diese Formulierung würde,

Digitized by Google

Daß aber diese unsere Folgerung richtig wäre, daß Lammasch nicht von der Vollendung ausgehen könnte, würde ja gerade aus dem „Nicht in seiner Macht haben“ des Erfolges folgen. Sieht er im Versuch aus den gegebenen Gründen das eigentlich allein stafbare Stadium der Handlung, so kann er nicht sich selbst widersprechend, die Vollendung zur Grundlage seiner Deduktionen machen. Dieser letztere Standpunkt würde sich kaum rechtfertigen lassen, müßte man doch dabei von etwas rein Zufälligem ausgehen, und würde außerdem die oben erwähnte Quasi-Erfolgshaftung dadurch zum Ausgangspunkt und Kern der ganzen Lehre erhoben, während sie nach Lammaschs Prinzipien eigentlich nur als nebensächliche Folge in Betracht kommen dürfte.

Dadurch aber, daß Lammasch im Versuch das primär strafbare Stadium der verbrecherischen Handlung sehen müßte, würden allerdings keine materiellen Änderungen unseres geltenden Rechts notwendig werden, dafür aber um so mehr formelle. Es würde sich im wesentlichen um eine Umkehrung des Hergebrachten handeln, eine Umkehrung, welche sich wohl theoretisch verteidigen läßt, die jedoch praktisch in ihren Einzelheiten unhaltbar ist. Und diese Unhaltbarkeit dürfte schon aus dem Umstande hervorgehen, daß selbst die Normenfassung unserer Gesetze, daß die Gesetzestechnik, welche ja bisher stets die Vollendung, das Stadium des eingetretenen Erfolges als maßgebend betrachtete, einer Änderung bedürfte, welche zugleich eine bedeutende Erschwerung enthielte.

Die Gesetzgebung müßte vollkommen umgewandelt werden, die Fassung des Gesetzes von jetzt ab jeden Versuch jedes Deliktes besonders definieren, dessen Tatbestand feststellen, und für diesen die bestimmte Strafe aussetzen. Nebenher müßte dann die Vollendung eines jeden Deliktes wieder in einer selbständigen, besondern Bestimmung geregelt werden, welche etwa dahin lauten dürfte: „Sollte der Erfolg eintreten usw.“. Kurz gesagt wäre also die Normenfassung dahin abzuändern,

---

wäre sie in solcher Absicht abgefaßt, den oben festgestellten Grundsätzen, daß die Vollendung stärker als der Versuch zu strafen sei, vollkommen entsprechen.

Digitized by Google

daß an die Stelle einer Regelung: „Du sollst nicht . . . bewirken" oder „Du sollst nicht Bedingungen zu dem Erfolge setzen"[1]) jene treten müßte: „Du sollst nicht bewirken wollen"[2])

Daß eine solche Umwandlung des Althergebrachten aber auf vielfachen Widerspruch stoßen dürfte, braucht kaum ausdrücklich hervorgehoben zu werden; immerhin wären jedoch etwaige Einwände, die sich auf die widersprechende historische Entwicklung[3]) oder gar auf die lex lata stützen würden,[4]) einer-

[1]) Auch diese letztere Normenfassung wäre zurückzuweisen, weil ja niemand wissen kann, ob er eine wirkliche Bedingung zu dem Erfolg durch seine Tätigkeit setzt.

[2]) Dies stimmt vollkommen mit Lammaschs und unserer Ansicht überein, daß man den Erfolg wollen kann, daß man ihn aber nicht in seiner Macht habe. Ich erinnere an Lammaschs Äußerung über die falsche Normenfassung (vgl. oben S. 144): „Es wäre unmöglich, je zu wissen, ob es (das Verbot in der Norm) gegenüber einer bestimmten Handlung, die wir als kausal für diesen Erfolg uns vorstellen **und daher wollen**, Anwendung finde. . . ", vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 61.

3) Über diese geschichtliche Entwicklung vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 182; Goldfeld a. a. O. S. 6, 7; Schlecht, Z. XIX 1899 S. 858.

Es ist ja vollkommen richtig, daß im ältesten Rechte, z. B. im germanischen, nur der Erfolg bestraft, daß dabei der Wille nicht berücksichtigt wurde; der Schaden war das allein Ausschlaggebende, mochte er nun auf Vorsatz, Fahrlässigkeit, ja selbst auf Zufall beruhen (vgl. Klee a. a. O. S. 59ff.). Dieser Gesichtspunkt galt aber nur im allerersten Anfang der Rechtsentwicklung eines Volkes. War dieses einigermaßen kulturell emporgestiegen, so wurde auch schon der Wille in den Kreis der Betrachtung gezogen, d. h. mit anderen Worten: es wurden Schuldgrade berücksichtigt. Das Argument der historischen Entwicklung wäre daher gegen unsere obige Ansicht nicht verwertbar; es spricht im Gegenteil für uns. Daß wir dem Erfolg keine leitende Stellung mehr einräumen, entspricht dieser Entwicklung ebenso sehr wie der andere Umstand, den Willen (mit oder ohne Objektivierung ist vorläufig gleichgültig) als maßgebend anzusehen.

4) Natürlich wäre jede Ansicht, welche sich darauf stützt, daß nach der lex lata zur Strafbarkeit Vollendung (Verletzung) verlangt (darauf, daß die lex lata die Vollendung als primäres Stadium betrachte, verweisen: Klee a. a. O. S. 12, 58, 64, 65; Horn a. a. O. S. 341, 345 (Strafbarkeit des Versuchs sei exceptionell) und Eisenmann a. a. O. S. 482), daß also im Versuch die Gefährlichkeit maßgebend sei, als petitio principii zurückzuweisen. Von Gefährdung kann nur im Gegensatz zu einer Verletzung gesprochen werden; das ist richtig. Ebenso unzweifelhaft mag es sein, daß die lex lata die Vollendung zur Grundlage genommen. Warum soll aber die lex lata nicht auch Fehler enthalten?

Digitized by Google

seits als nicht stichhaltig, andererseits als petitio principii zurückzuweisen.

Einzig eine Frage könnte hier als ausschlaggebend für eine eventuelle Abweisung der dargelegten Grundsätze anerkannt werden: „Hätte diese ganze Konstruktion irgend einen praktischen Wert, könnte sie für die Praxis nützlich sein oder nicht?

Daß die Konsequenzen für den strafrechtlich zu Verfolgenden dieselben sein würden wie bei der bisherigen Auffassung der gegenseitigen Abhängigkeit von Versuch und Vollendung, wird ohne weiteres einleuchten. In unserm Falle handelt es sich also nur um eine gesetzestechnisch prinzipiell zu erwägende Frage, bei welcher naturgemäß die Entscheidung der Brauchbarkeit von der eventuellen Zweckmäßigkeit abhängt. Diese Zweckmäßigkeit ist aber entschieden zu verneinen, wäre dabei auch nur jener Punkt ausschlaggebend, daß der Erschwerung der Gesetzestechnik auf der einen Seite ein nennenswerter Vorteil auf der andern Seite nicht gegenübersteht.

Es bleibt daher keine andere Lösung möglich, als die theoretisch richtige Konstruktion für die Praxis zu verwerfen, und um so ruhiger und zuversichtlicher können wir diese Entscheidung kundgeben, als offenbar auch Lammasch der gleichen Ansicht ist. Auch er bleibt seinem Ausgangspunkte nicht treu. Denn wollte er konsequent bleiben, so dürfte er doch nach all dem Gesagten, nach all den angeführten aus dem Zweck der Strafe folgenden Konsequenzen den Grund der Strafe nicht in der Verwirklichung des Vorsatzes sehen, wird doch dadurch gerade die Vollendung wiederum als das grundlegende Stadium der verbrecherischen Handlung sanktioniert.[1])

Und würde es dem einmal eingenommenen Standpunkte nicht ebensosehr widersprechen, nunmehr von einer „aus dem Grunde des eingetretenen Erfolges“ geforderten höheren Strafbarkeit des vollendeten Verbrechens im Gegensatz zu einer „aus dem Grunde des nicht eingetretenen Erfolges“

[1]) Näheres hierüber vgl. im folgenden Abschnitt IV., ebenso bei Lammasch, Moment obj. Gef. S. 62.

Digitized by Google

geforderten geringern Strafbarkeit des versuchten Verbrechens zu sprechen?[1])

Immerhin darf man aber in solchen begründeten Inkonsequenzen nicht Nachteile einer Theorie sehen, solchen Widersprüchen darf man nicht schroff abweisend gegenüberstehen, liegt doch darin ein Zeichen des praktischen Sinnes ihres Autors, ein tolerantes Zugeständnis an die entgegengesetzte Ansicht, eine Anpassung an die praktisch vorteilhaftere Richtung, kurz, ein Kompromiß im guten Sinne des Wortes.

IV. Vom Zweck der Strafe ausgehend, ist uns festzustellen möglich gewesen, daß nach Lammasch jeder Versuch, und eigentlich auch nur der Versuch, bestraft werden müsse. Daraus folgte dann wie gezeigt, einerseits die Bejahung der absoluten Strafbarkeit des Konats, andererseits die primäre Stellung dieses Stadiums der strafbaren Handlung. In Wahrheit hätte aber der Lammasch'sche Standpunkt dazu führen müssen, nicht nur den Versuch, sondern den Willen an und für sich oder doch zum mindestens jede Kundgebung des Willens der Strafe zu unterwerfen. Alle diese Momente haben wir schon hervorgehoben. Ebenso haben wir aber schon darauf hingewiesen, daß unser Autor selbst eine Einschränkung dieser Folgerungen eingeführt, daß er nie und nimmer im Sinne gehabt hat, den Willen an und für sich zu strafen, daß er aber mit dieser Einschränkung zugleich auch viele der aus dem Zweck folgenden Konsequenzen aufgehoben habe.

Bleibt es demnach prinzipiell richtig, daß nur der Versuch mit voller Berechtigung gestraft werden dürfte, bleiben die aus dem Zweck folgenden Gründe für diese Bestrafung ohne Einschränkung in voller Geltung, so ist doch tatsächlich der Ausgangspunkt für alle weiteren Folgerungen nicht mehr der Versuch, sondern die Vollendung. Der im folgenden näher darzulegende **Grund der Strafe** im allgemeinen bildet nämlich nicht nur das Regulativ für die ganze relative Strafbarkeit des Versuchs, sondern auch den Stützpunkt für die wieder aufgenommene primäre Pönalisierung der Vollendung. Denn

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 66.

Digitized by Google

daraus folgt, daß, obschon es eigentlich richtig wäre, nur das Bewirkenwollen zu strafen, tatsächlich doch nur das Bewirken gestraft werden soll.

Gehen wir nunmehr etwas näher auf die angedeuteten Punkte ein!

„Grund der Strafe ist im Falle des Versuchs ebensowohl wie in dem der Vollendung die Verwirklichung des verbrecherischen Vorsatzes.“[1])

Was bedeutet aber dies neue Kriterium: „Verwirklichung des Vorsatzes?“ Wie ist dieser Ausdruck zu interpretieren? Wie ist der Vorsatz im Sinne Lammaschs aufzufassen? Was heißt Verwirklichung in dessen Lehre?

Wir hätten ja allerdings kurzerhand behaupten können, daß aus der ganzen Schrift Lammasch's folge, daß er als „Verwirklichung des Vorsatzes“ die Vollendung der Handlung ansehe. Die Richtigkeit dieser Ansicht würde aber wohl von manchen bezweifelt werden, sollten wir uns auf dieses Schlußergebnis allein beschränken. Es wird daher einleuchten, daß eine etwas nähere Darlegung nicht unnötig ist. Zum Verständnis der folgenden Ausführungen sehen wir uns jedoch gezwungen, einige Stellen an die Spitze unserer Erörterungen zu stellen, deren Wiederholung im späteren Verlaufe unserer Arbeit unmöglich zu umgehen sein wird:

a) „Grund der Strafe ist im Falle des Versuchs ebensowohl wie in dem der Vollendung die Verwirklichung des verbrecherischen Vorsatzes.“[2])

b) „. . . Die Tatsache des Beginnes der Ausführungstätigkeit, durch welche das Anstreben des Erfolges die juristisch umschriebene Gestalt des Versuches erhält, ist nur unter der Resolutivbedingung des freiwilligen Rücktritts, also nur in Kraft einer Präsumtion, daß der Versuchende die begonnene Tätigkeit auch fortsetzen und vollenden werde, rechtlich relevant. Das Gesetz vermutet aber weiterhin auch das Defizieren dieser Resolutivbedingung . . .“[3])

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 62.
[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 62.
[3]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 71.

Digitized by Google

c) „Dieses subjektive Moment der Möglichkeit des Rücktritts unterscheidet daher nicht sowohl Vollendung und Versuch, als vielmehr Vollendung und eine Art des Versuchs, die in diesem Betreff ihr gleichsteht, von einer andern Art des Versuchs.“ [1])

Aus v. Liszts Lehrbuch[2]) entnehmen wir, daß Lammasch Anhänger der Willenstheorie ist, daß er also, kurz und ungenau ausgedrückt, den Vorsatz als: „Wollen des Erfolges“ bestimmen dürfte. Daraus würde aber weiterhin folgen, daß als „Verwirklichung des Vorsatzes“ der verbrecherische Erfolg anzusehen wäre; damit aber könnten wir wiederum nur die Strafbarkeit des vollendeten Verbrechens begründen, nicht aber, wie wir vorgreifend schon andeuteten, die von Lammasch damit auch gestützte Strafbarkeit des beendeten Versuchs.[3])

Aus diesem letztern Umstande aber folgt nunmehr in Verbindung mit der Auffassung der ganzen Schrift, daß Lammasch einen Unterschied zwischen Vorsatz und Absicht machen, daß er also den Vorsatz auf die Veränderung in der Außenwelt, auf die Handlung als sinnenfälliges Ereignis, auf die natürliche Handlung beziehen muß, während sich die Absicht auf den Erfolg richten würde. Seinem Sprachgebrauch gemäß ist also jenes Kriterium als Absicht zu bezeichnen, welches wir gewöhnlich mit dem Namen Vorsatz belegen.[4]) Dieser Ansicht gemäß wäre aber die „Verwirklichung des Vorsatzes“ schon mit der Vollendung der Handlung im natürlichen Sinn[5])

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 73.

[2]) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 149 Anm.

[3]) Vgl. dazu unsere oben zitierte Stelle c aus Lammasch, Moment obj. Gef. S. 73.

[4]) Diese Trennung entspricht vollkommen der Hegelschen Unterscheidung von Vorsatz und Absicht. Vgl. darüber auch Kohlrausch a. a. O. S. 113ff. und die dort Besprochenen (Geßler, Haelschner).

[5]) Über die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks Vollendung vgl. Lammasch a. a. O. S. 65ff.

Sprechen wir bei diesen Ausführungen von Vollendung, so handelt es sich im allgemeinen nur um die Vollendung der vorsätzlichen (im Sinne Lammaschs!) Tätigkeit, also auch nicht um Vollendung einer Handlung im Sinne der Darlegungen von Lammasch a. a. O. S. 25. Bei der Handlung in diesem Sinne

Digitized by Google

gegeben und somit auch die Strafbarkeit sowohl der Vollendung als des beendeten Versuchs im Gegensatz zu derjenigen des unbeendeten Versuchs begründet. Für diese würde aber, wie auch schon angedeutet, die Vermutung obengenannter Verwirklichung als Grund der Strafe fungieren.[1])

Haben wir aber schon im obigen den Ausdruck Verwirklichung=Vollendung oder Ausführung zu fassen versucht, so wird die Richtigkeit dieser Ansicht einleuchten, sobald man an die Stelle dieser Termini den einzig noch in Betracht kommenden „Objektivierung" einsetzen würde. Sollte nämlich Lammasch wirklich seine postulierte Verwirklichung gleich der Objektivierung des Vorsatzes aufgefaßt haben, so wäre nicht einzusehen, warum er zur Begründung der Strafbarkeit des unbeendigten Versuchs einer Präsumtion des Nichtrücktritts bedürfte. Diese könnte doch nur dann von Wert sein, wenn dem Ausdruck „Objektivierung" ein bestimmter Stärkegrad innewohnen sollte, der ihn etwa der Vollendung gleichstellen würde. Damit wären wir aber wieder auf jenem Punkte angelangt, von dem wir ausgegangen, damit dürfte aber auch unzweifelhaft festgestellt sein, daß Lammaschs ganzer Schrift entsprechend „Verwirklichung des Vorsatzes" nichts anderes heißen kann als „Vollendung der natürlichen Handlung."[2]) Der Strafbarkeit des

würde nämlich die Vorstellung des Erfolges gegeben sein. Diese aber kann wohl bei der absichtlichen Tätigkeit, nicht aber bei der vorsätzlichen gegeben sein.

Daß wir persönlich ein solches Stadium der „Vollendung" nicht als strafrechtlich relevant anerkennen können, da wir die natürliche Handlung überhaupt aus dem Gebiet des Strafrechts ausgeschieden wissen möchten, daß also für das Strafrecht u. E. auch ein Vorsatz im Sinne Lammaschs irrelevant ist, dürfte noch in Erinnerung sein.

[1]) Vgl. das oben angeführte Zitat zu b aus Lammasch, Moment obj. Gef. S. 71.

[2]) Daß die hervorgehobene Scheidung von Vorsatz und Absicht von Lammasch tatsächlich in dem erörterten Sinne aufgefaßt wird, daß unsere Interpretation des Ausdrucks Verwirklichung richtig ist, geht aus vielen Stellen der angezogenen Schrift hervor. Wir verweisen hier nur auf Lammasch, Moment obj. Gef.:

S. 54: „Wird die Absicht verwirklicht, so tritt für die spätere Beurteilung das vorübergehende Stadium des Versuches hinter der fortdauernden oder fortwirkenden Tatsache des Erfolges zurück."

Digitized by Google

Willens an sich, welche aus früheren Ausführungen Lammaschs hätte entnommen werden können, welche aber mit Notwendigkeit dazu geführt hätte, jeden Versuch, ja jede Vorbereitungs-

S. 60: „Grund der Strafe ist im Falle des Versuchs ebensowohl als in dem der Vollendung die Verwirklichung des verbrecherischen Vorsatzes". Würde Vorsatz = Wollen des Erfolges sein, so würde dabei der Nonsens folgen: „Grund der Strafe im Falle des Versuchs ist der Erfolg", damit also ein Versuch mit „Erfolg"!

S. 62: „Grund der Strafe ist im Falle des Versuchs . . . . . eine zur Realisierung der verbrecherischen Absicht unternommene Tätigkeit". Das zeigt, daß die „Verwirklichung des Vorsatzes" gleich ist „einer zur Realisierung der Absicht unternommenen Tätigkeit", daß also Vorsatz und Absicht sich nicht decken.

S. 67 a. A.: Gegenüberstellung von „vorsätzlicher Tätigkeit" und „beabsichtigtem Erfolge" (allerdings rein positivrechtlich aufgefaßt).

S. 68 a. E.: Während die Verwirklichung der Absicht im Erfolge ein Faktum ist . . . . ., ist die Verwirklichung des Vorsatzes im Versuche . . . ."

S. 69: Die Gewißheit, daß die Strafdrohung ihre Wirkung verfehlte, also die Notwendigkeit der Strafvollziehung an dem Einzelnen ergibt sich erst dadurch, daß dieser die Bahn des Versuches vom Anfang bis zum Ende des Versuchs durchmessen hat . . . . usf." Daraus folgt, daß eben die Verwirklichung des Vorsatzes = Vollendung der Handlung ist, also Vorsatz = gewollte Tätigkeit, nicht: gewollter Erfolg.

S. 71: „ . . . daß vielmehr, wie eben schon Rossi a. a. O. nachgewiesen hat, nur der beendigte Versuch, bei dem ein Rücktritt nicht mehr möglich ist, nach unbestreitbaren Rechtsgrundsätzen, der nicht beendigte aber nur Kraft einer ihrer Nützlichkeit wegen allerdings unentbehrlichen Präsumtion bestraft werden kann."

S. 73: „Dieses subjektive Moment der Möglichkeit des Rücktritts unterscheidet daher nicht sowohl Vollendung und Versuch, als vielmehr Vollendung und eine Art des Versuchs, die in diesem Betreff ihr gleich steht, von einer andern Art des letzteren".

Gegen unsere Auffassung scheinen allerdings prima facie folgende Stellen zu sprechen, die aber nichts an unserer Ansicht ändern:

S. 62: „Grund der Strafe ist im Falle des Versuchs . . . . eine zur Ausführung desselben (sc. des verbrecherischen Vorsatzes) unternommene Tätigkeit". Eine zur Ausführung des verbrecherischen Vorsatzes unternommene Tätigkeit ist doch nicht gleich der Verwirklichung dieses Vorsatzes! Sollte dies als Postulat einer Objektivierung auszulegen sein? — Es fehlt offenbar die ausdrückliche Erwähnung der Vermutung!!

S. 68 a. E.: „ . . ., . . die Verwirklichung des Vorsatzes im Versuche (ist) eine Entwicklung". Hier muß die Verwirklichung in etwas anderem Sinne verstanden

Digitized by Google

handlung als strafbar zu betrachten, dann aber auch für alle Stadien der rechtswidrigen Handlung gleich hohe Strafe aussetzen zu müssen, dieser Strafbarkeit steht also hier jene der Vollendung, der vollendeten Handlung allein gegenüber. Erst jener Wille hat demnach für den Kriminalisten Bedeutung, erst jener Wille ist also strafrechtlich von Belang, welcher bis zur Vollendung geschritten ist, welcher uns die Gewißheit gegeben, daß die Strafdrohung ihren Zweck verfehlt hat, welchem das Innesein der Perfektionskraft nachgewiesen worden; denn erst die Perfektionskraft, erst besagte Gewißheit, erst die vollendete Handlung geben uns die Berechtigung zu strafen. „So lange der Täter in seinem Tun noch nicht bis zu dessen Ende fortgeschritten ist, vermag er noch immer ... einzuhalten, in welchem Falle es dann aber noch gerade in demselben Maße an einer zureichenden Ursache des rechtswidrigen Erfolges fehlt, als wenn er gar nicht angefangen hätte, tätig zu sein.“ [1]) Wird aber jetzt noch jemand bestreiten, daß hiernach eigentlich nur Vollendung und beendeter Versuch bestraft werden dürften!?

Wie verhält es sich aber mit der Strafbarkeit beim nicht beendigten Versuch? Muß dieser nunmehr straflos bleiben?

Daß eine solche Konsequenz zu weit gehen würde, scheint auch Lammasch einzusehen [2]) und deshalb sucht er sie dadurch zu umgehen, daß er beim nicht beendeten Versuch eine Vermutung der Vollendung Platz greifen läßt.[3]) Der Wille, oder sagen wir: der Versuch, wird in solchen Fällen nur unter der Bedingung strafbar, daß die Vermutnng der Vollendung nicht ad absurdum geführt worden sei, daß er also die in der

---

sein, denn als Grund der Strafe kann doch die Verwirklichung nur als Tatsache und nicht als Entwicklung in Betracht kommen. —

Manche unklaren Punkte werden durch die textlichen Ausführungen die nötige Klarheit erhalten.

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 69. Deutlicher könnte die primäre Stellung der Vollendung kaum hervorgehoben werden.

[2]) Damit würde er ja auch den Zweck der Strafe vollkommen illusorisch machen, was er weiter oben doch selbst schon hervorgehoben hat.

[3]) Über das Folgende vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 70ff.

Digitized by Google

Vermutung liegende Perfektionskraft entweder tatsächlich oder doch fiktiv besitze, m. a. W.: die Strafbarkeit des Versuchs steht unter der aufhebenden Bedingung des Rücktritts.[1]) Oder mit Lammaschs eigenen Worten ausgedrückt: „Die Tatsache des Beginnes der Ausführungstätigkeit, durch welche das Anstreben des Erfolges die juristisch umschriebene Gestalt des Versuches erhält, ist nur unter der Resolutivbedingung des freiwilligen Rücktritts, also nur in Kraft der Präsumtion, daß der Versuchende die begonnene Tätigkeit auch fortsetzen und vollenden werde, rechtlich relevant. Das Gesetz vermutet aber weiterhin auch das Defizieren dieser Resolutivbedingung, dies zwar allerdings nur im Wege einer zu widerlegenden Präsumtion.“[2])

Diese Ausführungen auf die strafbare Handlung in weitesten Umfang und in jedem Stadium beziehend, könnte man daher auch sagen, daß für Lammasch ganz allgemein erst jener Wille in Betracht komme, welcher die Kraft habe, bis zur Vollendung zu schreiten, für welchen daher eine Präsumtion, eine Vermutung der Vollendung, d. h. die Annahme, daß er in der einmal eingeschlagenen Richtung beharren werde, bis er jenes Stadium erreicht habe, welches wir Vollendung nennen, noch Raum haben kann,[3]) es sei denn daß eben die Vollendung selbst schon eingetreten.[4]) —

---

[1]) Es ist also ein und dasselbe Moment nur in verschiedener Weise ausgedrückt, wenn man von Vermutung der Vollendung, Präsumtion der Perfektionskraft, von einer gewissen Stärke der Willensbetätigung, von der Berücksichtigung des Willens unter einer Resolutivbedingung etc. spricht.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 71. Es sei auch noch auf S. 70 ebenda verwiesen, wo Rossis Übereinstimmung mit Lammasch durch dessen Ausspruch ersichtlich ist: „toute la partie de l'imputation qui dépasse l'instant de la suspension de la tentative est une imputation hasardée, c'est imputer ce que l'on ignore“. Also eine Vermutung!

[3]) Es wäre noch darauf hinzuweisen, daß auch Herzog a. a. O. III. Teil II. Kap. S. 186 ff., speziell S. 175 mit der Perfektionskraft operiert. Seine Stellung zu Lammasch stellt er selbst dar a. a. O. S. 182. a. E. ff. Anklänge an das Postulat der Perfektionskraft finden sich auch bei Klee z. B. a. a. O. S. 19: „Die Wahrscheinlichkeit der Vollendung ist der Grund der Versuchsstrafe“, S. 20: „Strafbaren Versuch nehmen wir demnach an, wenn eine Handlung vorliegt, welche eine objektive Wahrscheinlichkeit dafür enthält, daß der Wille das

Digitized by Google

Lammaschs Lehre vom Grund der Strafe dürfte durch diese etwas breiten Darlegungen genügend klar charakterisiert sein. Einen kurzen Blick müssen wir aber doch noch den Folgen dieser Theorie widmen.

Zunächst ist durch den in die Verwirklichung des Vorsatzes gelegten Grund der Strafe ohne Mühe die **Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen** zu erklären möglich. Denn abgesehen davon, daß auch Lammasch zum Versuch den Beginn der Ausführungstätigkeit verlangt und schon hieraus die oben hervorgehobene Konsequenz folgen würde, so leuchtet überdies auch ein, daß die Vermutung der Vollendung oder m. a. W. der postulierte Stärkegrad des Willens für die Vorbereitungshandlung im allgemeinen nicht wird festgestellt werden können. Sind wir nicht einmal in den „Anfang der Ausführung" eingetreten, wie sollte von einer Vermutung des Endes der Ausführung oder gar von diesem Ende selbst die Rede sein können.

Eine weitere Folge deutet aber Lammasch selbst an in dem Ausspruche: „Dieses subjektive Merkmal der Möglichkeit

---

von ihm beabsichtigte Verbrechen vollenden werde" usw. Vielleicht ist dieses Moment bei Besprechung der Kleeschen Theorie zu sehr in den Hintergrund gedrängt worden; die Berechtigung dazu glaubten wir jedoch daraus schöpfen zu dürfen, daß wir uns bei Erörterung jener Theorie speziell auf die Regelung des untauglichen Versuchs beschränkten, wo das eben hervorgehobene Postulat von geringer Bedeutung ist, während es erst bei den Fragen nach einer etwaigen primären Abgrenzung der Strafbarkeit und nach der relativen Strafhöhe von Belang ist. Der Unterschied von Klees und Lammaschs Theorien scheint — dies sei kurz angedeutet — darin zu liegen, daß bei ersterem die Vermutung der Vollendung als Vermutung der Vollendung des Verbrechens aufzufassen ist und außerdem diese Vermutung im Bereiche des ganzen Versuchs gilt, da der Grund der Strafe offenbar in der Vollendung des Verbrechens liegt. Weiteres würde uns zu weit führen.

4) Die letzte Zusammenfassung würde allerdings strengen Anforderungen nicht genügen; die Sachlage wäre darin nicht ganz genau dargelegt. Es würde durch diese Darstellung der Schluß nahegelegt, daß Lammasch tatsächlich ab initio von der Vermutung der Verwirklichung des Vorsatzes ausgehe. Materielle Änderungen würden je dadurch wiederum nicht bedingt. Doch würde daraus hervorgehen, daß Lammasch doch dem Versuche die primäre Stellung einräumen müßte. Tatsächlich geht aber L. zunächst von der Vollendung aus, die Strafbarkeit des Versuchs (des nicht beendeten) ist also eine „exceptionelle".

Digitized by Google

des Rücktritts unterscheidet daher nicht sowohl Vollendung und Versuch als vielmehr Vollendung und eine Art des Versuchs, die in diesem Betreff ihr gleichsteht, von einer andern Art des letzteren."[1])

Es dürfte kein Zweifel bestehen, daß hier die Unterscheidung in beendeten und nicht beendeten Versuch in Betracht gezogen ist,[2]) daß also in dieser Möglichkeit des Rücktritts, in dieser einmal erwiesenen, das andre Mal nur vermuteten Perfektionskraft, in dieser einmal als ausgefallen festgestellten, dann als solcher nur vermuteten Resolutivbedingung die Begründung der strengeren Strafe für den beendigten Versuch und die Vollendung, der milderen des unbeendigten liegt, daß darin aber überhaupt die Möglichkeit dieser Scheidung in beendigten und nicht beendigten Versuch fußt; denn nur in den dargelegten Kriterien kann man den Grund für die Bestrafung des nicht beendigten Versuchs im allgemeinen sehen, sei er nun in concreto tauglich oder untauglich. In eben den gleichen Momenten liegt aber außerdem auch noch neben der Begründung der Straflosigkeit des Rücktritts prima facie die Erklärung für eine etwaige gleich hohe Bestrafung der Vollendung des Deliktes und der Vollendung der Handlung, also der Vollendung i. e. S. und des beendeten Versuchs. Die letzten zwei Punkte werden uns noch einen Augenblick beschäftigen müssen.

Ist der Wille nur dann strafrechtlich relevant, wenn er die Präsumtion des Ausfallens der (Rücktritts-) Resolutivbedingung nicht ad absurdum geführt hat, so ist es klar, daß beim **Rücktritt vom Versuch,** wo diese auflösende Bedingung doch eingetreten ist, von einem strafrechtlich belangbaren Willen überhaupt nicht geredet werden darf. Es ist hierbei niemals etwas strafbares gegeben gewesen! Die Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch beruht aber darnach auf den Grundprinzipien des Rechts, nicht auf kriminalpolitischen oder Utilitätserwägungen.[3])

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 73.

[2]) Näheres hierüber unter V.

[3]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 71.

Digitized by Google

Verteidigt aber Lammasch unseren oben gemachten Andeutungen entsprechend tatsächlich die gleiche relative Strafbarkeit für beendeten Versuch und Vollendung?

Daß eine solche Entscheidung der Ansicht dieses Autors nicht entsprechen würde, können wir daraus entnehmen, daß er neben dem schon hervorgehobenen subjektiven Kriterium für die Regelung der relativen Strafbarkeit, für die Begründung verschiedener Strafmaße noch ein objektives Moment einführt, welches in dem ganz verschiedenen Eindruck zu sehen ist, welchen die verbrecherische Handlung in der Gesellschaft hinterläßt resp. hervorbringt, je nachdem der Erfolg eingetreten ist oder nicht. Es wird niemand bestreiten, daß der Eindruck beim Erfolgseintritt ungleich tiefer und andauernder ist, als beim bloßen Versuch, daß das Werturteil des Volkes ein wesentlich anderes sei gegenüber jenem Stadium der Handlung, in welchem von Erfolg nicht gesprochen werden kann, wie gegenüber dem eingetretenen Erfolg.[1])

Und dies alles leuchtet so sehr ein, dies ist so oft schon hervorgehoben worden, daß wir länger bei diesem Punkte nicht verweilen wollen, um so mehr als Lammasch selbst das Hauptgewicht bei Feststellung der relativen Strafbarkeit auf die schon besprochene Präsumtion zu legen scheint. Daß jedoch, abgesehen vom „objektiven Erschwerungsumstand des eingetretenen

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 65, 66. Diese Ansicht Lammaschs geht, mutatis mutandis, schon aus S. 63, 64 hervor. Dort sagt er, daß die Verschiedenheit des Irrtums, welcher den tauglichen Versuch vom untauglichen scheide, nicht berechtige, die beiden Arten des Versuchs bezüglich der absoluten Strafbarkeit verschieden zu behandeln. Er fährt dann fort: „Nur wenn die Kausalität des vorsätzlich geschaffenen Zustandes für den beabsichtigten Erfolg eine verschiedene wäre, sodaß der eine eine tatsächlich zureichende Ursache desselben enthielte, der andere nicht, oder wenn sich die Tat wenigstens dem Bewußtsein des Täters in einem Falle anders darstellte als im andern, nur dann wäre eine verschiedene strafrechtliche Behandlung dieser Fälle begreiflich".

Daraus ließe sich doch auch für die relative Strafbarkeit schließen, daß die Strafe eine andere sein müsse, wo die Kausalität des vorsätzlich geschaffenen Zustandes für den beabsichtigten Erfolg wirklich gegeben war, als in den anderen Fällen, wo von ihr im strengen Sinn des Wortes nicht gesprochen werden darf.

Digitized by Google

Erfolges", für jene Fälle eine Spezialbehandlung eintreten muß, bei denen die Legalvollendung nicht mit dem wissenschaftlichen Begriff der Vollendung übereinstimmt, hebt Lammasch noch mit Recht hervor.[1]) Der Vollständigkeit halber sei es deshalb auch hier angeführt! Ein näheres Eingehen auf diesen Punkt verbietet uns jedoch der Rahmen dieser Arbeit.

Zusammenfassend könnten wir uns aber nunmehr dahin aussprechen: Die Regelung der relativen Strafbarkeit nach Lammaschs Prinzipien müßte dahin führen, für den Versuch ganz allgemein eine mildere Strafe zu statuieren, als für das vollendete Verbrechen. Ist auch jeder Versuch prinzipiell strafbar, so ist doch die Vollendung als das höchst pönale Stadium der Handlung zu betrachten, welchem zunächst in der Strafhöhe der beendete Versuch zu folgen hat, während das mildeste Strafmaß den nicht beendeten Versuch treffen muß.

Auffallend ist aber, wenn auch der Theorie Lammaschs vollkommen entsprechend, daß bezüglich des Strafmaßes zwischen tauglichem und untauglichem Versuch ein Unterschied nicht gemacht werden soll. Demnach wären denn z. B. beendeter tauglicher und beendeter untauglicher Versuch mit der genau gleichen Strafe zu belegen, wie auch andererseits den nicht beendeten Versuch, sei er nun tauglich oder untauglich, stets gleiche Strafe treffen müßte oder mit anderen Worten: Tauglichkeit oder Untauglichkeit haben auf das Strafmaß keinen Einfluß.[2])

Wozu wird dann aber eine Scheidung in tauglichen und untauglichen Versuch gemacht?

V. Weiter oben haben wir die Ansicht Lammaschs zitiert, daß es die Möglichkeit des Rücktritts sei, welche Vollendung und eine Art des Versuchs von einer andern Art des letztern unterscheidet und dort schon bemerkten wir, daß es unzweifelhaft erscheine, daß der Autor hierbei **die Unterscheidung in beendeten und nicht beendeten Versuch** in erster Linie im

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 66.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 76.

Digitized by Google

Auge habe. Bei dieser Frage möchten wir einen Augenblick stehen bleiben!

Lammasch sieht den beendeten Versuch dann als gegeben an, „wenn der Versuchende alle Tätigkeitsakte verübt hat, die er als zur Verwirklichung dieser komplettierenden Kausalitätsfaktoren — Lammasch unterscheidet vorhandene und komplettierende Kausalitätsfaktoren — nötige sich vorgesetzt hat,“ [1]) den nicht beendeten dagegen dann, wenn nicht alle diese Tätigkeitsakte verübt sind.

Diese Bestimmungen sind also rein subjektiv gefaßt[2]) und unterliegen insofern dem bekannten Nachteil, daß der Versuchende selbst dann den Versuch beendet haben wird, wenn er ganz im Anfang der Versuchstätigkeit stehen geblieben ist, alle die Tätigkeitsakte aber verübt hat, die er sich zu dem Zwecke vorgesetzt hatte. Wie steht es aber dann, wenn er seine Tätigkeit für abgeschlossen hält, nach einiger Zeit aber seine Ansicht wechselt, da er die Überzeugung des Nichtzureichens jener Akte gewann und nun den Beschluß faßte, diese noch zu ergänzen?

Würde er diesen Beschluß während der ersten Ausführung fassen, so wissen wir, daß nach Lammasch der Versuch erst dann beendigt wäre, wenn die Ergänzung vorgenommen worden.[3]) Wie ist aber der obige Fall zu entscheiden? Und wie würde Lammasch jenen Tatbestand beurteilen, in welchem nach vorläufig abgeschlossener Ausführungstätigkeit der Ergänzungsbeschluß gefaßt und nunmehr, nach begonnener Ergänzung, der Täter wieder zurücktreten würde? Ist hier zunächst beendigter Versuch gegeben? Gilt der Rücktritt andernfalls für die ganze Tätigkeit? Dazu gibt Lammaschs Ansicht keine bestimmte Antwort. Doch müßte unseres Erachtens seine ganze Konstruktion des beendeten Versuchs schon wegen des einseitig subjektiven Standpunktes zurückgewiesen werden.

---

[1]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 73.

[2]) Aus diesem Umstand folgt auch, daß der Grund der Strafe rein subjektiv zu fassen ist, muß doch im beendeten Versuch stets der Vorsatz als verwirklicht angesehen werden.

[3]) So Lammasch, Moment obj. Gef. S. 74.

Digitized by Google

Richtig dagegen ist der Hinweis Lammaschs darauf, daß bei all den Fragen über beendigten und nicht beendigten Versuch Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Objekts oder des Mittels weiter nicht in Betracht zu ziehen seien, da doch die beiden Unterscheidungen auf ganz verschiedenen Einteilungsprinzipien beruhen.[1]) Es ist eben noch ein Ausfluß der alten falschen Ansicht, welche sich nicht bewußt war, daß das délit manqué meistens zugleich untauglicher Versuch sei, wenn z. B. Carrara den untauglichen Versuch nur als nicht beendigten für möglich hält.[2]) —

Nimmt Lammasch im weiteren das **Putativdelikt,** welches er der allgemeinen Ansicht gemäß richtig bestimmt, vom untauglichen Versuch aus, so kann man dieser Meinung unbedingt zustimmen.[3])

Nicht zustimmen können wir ihr dagegen, wenn er die vermeintliche Benützung von Mitteln, die außerhalb der dem Kausalgesetze unterworfenen Welt wirksam sind, welche nicht nur für den einzelnen gewollten Erfolg kausal sind, sondern auf welche der Begriff der Kausalität überhaupt keine Anwendung findet, aus dem Gebiete der Fälle, die zum untauglichen Versuch zu zählen sind, ausscheidet.[4]) Ja! Lammaschs Ansicht geht dahin, daß dabei überhaupt nichts strafrechtlich Relevantes gegeben sei, denn „für übernatürliche und dämonische Mächte besteht der Staat nicht und umgekehrt bestehen sie nicht für ihn". Daß unsere persönliche Ansicht in diesem Punkte verschieden ist, wird weiter unten eingehender berücksichtigt werden. Unseres Erachtens kann nicht bestritten werden, daß hier der Wille, der sich gegen die Rechtsordnung aufbäumt, ebenso deutlich ersichtlich ist, wie in andern Fällen. Da aber weder Lammasch noch wir nach Tauglichkeit oder

---

[1]) Lammasch, Moment obj. Gef. S. 75.

[2]) Lammasch, Moment obj. Gef. S. 76; vgl. auch unsere Arbeit § 1 II S. 59 a. E., 60, § 2 II S. 71 ff., § 3 I S. 75 f.

[3]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 77.

[4]) So Lammasch ibid. S. 77 a. E. ff. Ganz denselben Standpunkt nimmt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 21. Juni 1900 ein. Vgl. E.R. Bd. XXXIII S. 323.

Digitized by Google

Untauglichkeit fragen und auch die postulierte Perfektionskraft nicht von vornherein wird verneint werden können, so kann die Ausscheidung lediglich eine positive Einschränkung in dessen Theorie sein.

Selbst wenn er sich aber auf die eventuell fehlende Perfektionskraft stützen sollte, könnten wir ihm nicht zustimmen. Uns scheint vielmehr gerade in der von ihm verlangten Perfektionskraft, in dieser Vermutung des Nicht-Rücktritts ein unzweckmäßiges Postulat zu liegen. Uns will es scheinen, daß das Strafrecht sich lediglich nach dem Willen zu richten habe, daß der in der Außenwelt kundgegebene rechtswidrige Wille die Strafbarkeit des darin enthaltenen Versuchs ohne weiteres bedinge, daß daher von einer obengenannten Präsumtion nicht die Rede sein könne.[1]) Ist es nicht ganz ungerechtfertigt, mit solchen Kriterien zu operieren, die vom Tatsächlichen absehend das Zukünftige in feste Formen zwängen?

Wir haben nur das zu betrachten, was vorliegt und sind nicht berechtigt, auf Grund einer Präsumtion einesteils zu strafen, andernteils eine mildere Strafe auszusprechen, weil der Täter beim nicht beendigten Versuch vielleicht im nächsten Augenblick nach seiner Festnahme von der Fortführung der Tat abgestanden wäre. Und auch die Straflosigkeit beim Rücktritt ist nicht im Recht selbst begründet, sondern sie beruht lediglich auf kriminalpolitischen, durch Utilitätsrücksichten geleiteten positivrechtlichen Maßnahmen.

Somit wäre aber Lammaschs Theorie in weitem Umfange zurückgewiesen. Die Strafbarkeit der Vollendung und des beendeten Versuchs würde ja kraft des Grundes der Strafe, der in der Verwirklichung des Vorsatzes liegt, immer noch bestehen bleiben,[2]) auch wäre die mildere Strafe für den beendigten

---

[1]) Über die klassische französische Theorie, die eine solche Präsumtion annimmt resp. die Möglichkeit des Rücktritts berücksichtigen will vgl. Gallet a. a. O. S. 332.

[2]) Auf den Grund der Strafe wollen wir hier näher nicht mehr eingehen, obschon sich noch manches sagen ließe, wie z. B.: Ist es angebracht für verschiedene Stadia der Handlung verschiedene Gründe der Strafbarkeit aufzustellen? Ist es richtig, daß beim vollendeten Verbrechen die vollendete Handlung

Digitized by Google

Versuch gegenüber der Normalstrafe der Vollendung festgestellt, ja selbst die noch mildere Strafe für den nicht beendeten Versuch würde wohl aus dem gleichen Kriterium, dem Erschwerungsumstand des Erfolgseintritts gefolgert werden können! Wo bliebe aber die Strafbarkeit des nicht beendeten Versuchs? Wo die Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch? Weist man die „Vermutung" zurück, so fallen die ganzen Folgerungen der Lammasch'schen Theorie bezüglich dieser Seiten der Handlung zusammen!

Somit hätten wir aber Lammaschs Lehre in ihrer Grundlage, also in toto zurückgewiesen. Der Fortschritt gegenüber den objektiven Theorien soll nicht bestritten werden; die Betonung des Willens als maßgebendes Kriterium ist das allein Richtige. Doch konnten wir — es sei nochmals rekapituliert — den weiteren Konsequenzen insofern nicht beistimmen, als uns zum Teil deren Begründung z. B. bei der Straflosigkeit des Rücktritts und der Strafbarkeit des nicht beendigten Versuchs, andernteils z. B. die prinzipielle Abgrenzung des untauglichen Versuchs (Ausscheidung der auf Aberglauben beruhenden Fälle aus dem Versuch) unrichtig erschien.

§ 8. v. Buri.

Von dem gleichen Gesichtspunkte wie Lammasch, also vom Willen, geht auch die **„rein subjektive Theorie"** aus, welche in **v. Buri** ihren Hauptvertreter gefunden hat. Ob allerdings die Bezeichnung „rein subjektiv" für die Burische, ja für irgend eine subjektive Richtung gerechtfertigt ist, mag zum mindesten zweifelhaft sein, wie uns denn tatsächlich nur ein Anhänger des Subjektivismus bekannt ist, der sowohl theoretisch als praktisch diesen Standpunkt in all seinen Konsequenzen aufrecht erhalten will.[1]). Immerhin kann man aber

---

als solcher Grund zu betrachten ist? Ist nicht ein einheitlicher Grund zu finden? Liegt dieser nicht auch im Willen, aber nach einer andern Seite hin? etc.

[1]) Dies wäre Eisenmann, vgl. Z. XIII S. 461; Thiry, welcher streng subjektivistisch vorgeht, schränkt seine prinzipielle Ansicht mit Bezug auf eine praktische Regelung doch wieder ziemlich stark ein. Vgl. Thiry a. a. O. S. 308.

Digitized by Google

v. Buris Richtung als eine „rein subjektive“ bezeichnen, soll damit nicht die bis in alle Einzelheiten konsequente Vertretung des Subjektivismus hervorgehoben — dies würde ja für Buri nicht zutreffen —, sondern vielmehr jener Umstand in den Vordergrund gestellt werden, daß in dieser Theorie die bisher konsequenteste unter den bekannten, daß darin gleichsam das Pendant zum reinen Objektivismus zu sehen ist. In diesem Sinne aufgefaßt, wird der gewählten Bezeichnung eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden können. —

Als bekannt dürfte wohl die Tatsache bezeichnet werden, daß v. Buri derjenige unter den Vertretern einer subjektiven Lehre ist, welcher am meisten und am schärfsten gegen den Objektivismus aufgetreten, der mehr als alle andern die subjektive Theorie verteidigt und verbreitet hat. Denn auf ihn ist es zurückzuführen, wenn z. B. das Reichsgericht dieser Ansicht beigetreten ist, auf ihm fußen eine ganze Anzahl späterer Schriftsteller, ja sogar im Ausland hat seine Theorie Verbreitung und Anklang gefunden.[1])

Ein Grundzug der Burischen Deduktionen ist nämlich deren logische Richtigkeit und diesem Umstand ist unseres Erachtens auch der große Anhang zuzuschreiben, den die subjektive Theorie allerorten gefunden hat. Stets streng logisch folgernd und meistens die Konsequenzen seines Standpunktes bis zu Ende ziehend, vertritt Buri den Subjektivismus nicht aus praktischen Rücksichten, sondern aus der Überzeugung heraus, daß dieser im geltenden Recht begründet sei. Obschon aber dieser Schriftsteller durch die scharfe Berücksichtigung der logischen Postulate gar oft zu Konsequenzen gelangt, die für eine praktische Regelung zu weit gehen, zeigt er doch wieder in anderer Hinsicht, in manchen Punkten eine gewisse Scheu, alle Konsequenzen seiner Lehre auch wirklich zu ziehen, ist also mit andern Worten in diesen Punkten inkonsequent.

Alle diese Momente wird die folgende Darlegung der

---

[1]) So darf Gallets Ansicht als direkt auf Burischen Prinzipien fußend angesehen werden. Vgl. Gallet a. a. O. S. 266: „C'est au raisonnement de v. Buri qu'il faut en revenir, il est inattaquable“.

Digitized by Google

Theorie im einzelnen hervorzuheben haben. Immerhin dürfte aber unsere mit der v. Burischen übereinstimmende Grundauffassung viel dazu beitragen, des letztern Ansicht kürzer behandeln zu können als die meisten schon erörterten Theorien, haben wir doch gegen die Lehre von v. Buri naturgemäß viel weniger Einwendungen zu machen. Daß aber trotz der im folgenden Kapitel näher darzulegenden gleichen Basis unsere bisherigen Ausführungen oft der Meinung von Buri diametral entgegenstanden, beruht auf der legislativ betrachtenden Methode, der wir im Gegensatz zur spezifisch kritischen von v. Buri gefolgt sind. —

I. In seinen Polemiken gegen die verschiedensten Vertreter des Objektivismus hat sich auch v. Buri auf gewisse von jenen hauptsächlich hervorgehobene Momente gestützt, welche in unserer Arbeit zum großen Teil schon berührt worden sind und die wir deshalb hier nur noch in einer gedrängten Übersicht berücksichtigen wollen. Kurz zusammengefaßt würden sich diese **Einwände gegen die objektiven Theorien** auf folgende Punkte beziehen:

1. Von einem Kausalzusammenhang zwischen Handlung und gewolltem Verbrechen kann beim Versuch nicht die Rede sein, mag man diesen Kausalzusammenhang im Sinne der reinen Objektivisten als Eignung in concreto oder wie Feuerbach und dessen Nachfolger, speziell aber wieder v. Liszt, als potentielle Kausalität, d. h. als Eignung in abstracto auffassen,[1]) denn von Kausalzusammenhang kann erst dann gesprochen werden, wenn der Erfolg vorliegt, dieser letztere tritt aber beim Versuch überhaupt nie ein.

---

[1]) Auffallend ist, daß v. Liszt im Grundriß zu seinen Strafrechtsvorlesungen 1899—1900 von konkreter Eignung spricht. —

Sollte man v. Buris Einwand gegenüber der potentiellen Kausalität als hinfällig betrachten, weil es sich bei der letztern stets um das Maß der Abstraktion handle, so wäre eben dieser Einwand mit dem Hinweis darauf, daß v. Buri jedes Maß der Abstraktion von vornherein verwerfe, schon zurückgewiesen.

Verteidigt wird die „potentielle" Kausalität eingehend z. B. von Cohn, G.A. XXVIII S. 361 ff.

Digitized by Google

Zeigt sich demgemäß, daß der Begriff Kausalzusammenhang ins Gebiet der Wirklichkeit, nicht in dasjenige der Abstraktionen gehört, so folgt auch daraus, daß Begriffe wie „potentielle Kausalität“ und „Kausalzusammenhang beim Versuch“ ein logisches Unding sind, daß deren Verteidigung durch die Objektivisten also als fehlerhaft bezeichnet werden muß.[1])

2. Der Versuch darf nicht als Teil der Vollendung aufgefaßt werden, wie dies oft genug von seiten der Objektivisten geschehen ist — natürlich kommen hierbei speziell die Rein-Objektivisten in Betracht. — Die Konsequenzen dieses Standpunktes sprechen laut genug gegen dessen Haltbarkeit. Mit Bezug auf die extremen Objektivisten würde ja allerdings hieraus nichts anderes folgen, als das, was ihrer Lehre gemäß schon aus Nr. 1 hätte folgen müssen: die Straflosigkeit des Versuchs im weitesten Umfang![2]) Wer wagte aber einer solchen Ansicht das Wort zu reden, ganz abgesehen davon, daß eigentlich alle Theorien, die diese Basis annehmen, auch besagte Folgerung ziehen müßten! Diese Ansicht würde aber außerdem noch dazu führen, den Versuch eines Versuches aufzustellen[3]); und endlich leuchtet deren Absurdität auch ohne weiteres ein bei Betrachtung der Frage: „Ist der Mordversuch ein halber Mord?“[4]) Eine solche Frage dürfte aber von den Vertretern obiger Ansicht nicht von vornherein als unsinnig abgewiesen werden!

3. Die Theorien, welche zur Strafbarkeit des Versuches eine objektive Gefahr verlangen, operieren nach Buri mit einem unbrauchbaren Kriterium, da von objektiver Gefahr nur dort die Rede sein kann, wo eine Verletzung eingetreten ist. Erst dieser Erfolgseintritt berechtigt uns, den Schluß zu ziehen: „Es war eine Gefahr vorhanden.“ Ist also in allen andern Fällen der Gefahrbegriff ein rein subjektiver, zeigt sich mit anderen Worten die objektive Gefahr, wie soeben hervorge-

---

[1]) Vgl. unsere Darlegungen S. 66 und die in Anm. 1 S. 66 Zitierten. Vgl. auch noch v. Buri, G.S. 1880 XXXII S. 350.

[2]) Vgl. unsere Ausführungen oben S. 70 und die in der Anm. 3 S. 70 und Anm. 1 S. 71 Zitierten.

[3]) Vgl. v. Buri, G.S. 1867 S. 69, G.S. 1880 XXXII S. 359.

[4]) Weitere Beispiele siehe bei v. Buri, Beiträge S. 196, 197.

Digitized by Google

hoben erst ex post in der Verletzung, so ist es dabei klarer Weise auch unstatthaft, einen Schluß ex ante zu ziehen, bei welchem man von Vermutungen ausgehend, sich auf Abstraktionen stützen müßte, während nur gestattet sein kann, die Wirklichkeit, die Tatsachen in Rücksicht zu ziehen.[1])

4. Eine Scheidung in relative und absolute Tauglichkeit resp. Untauglichkeit, sei es beim Mittel, sei es beim Objekt, ist unhaltbar, ist es doch logisch unmöglich, von absoluter Tauglichkeit resp. relativer Untauglichkeit zu sprechen. „Tauglich" ist eben von vornherein ein relativer Begriff, der daher als absoluter nie Geltung haben kann; „untauglich" hingegen hat stets absolute Bedeutung und ist daher als relativer Begriff eine contradictio in adjecto.[2])

5. Ganz abgesehen von dem oben Gesagten ist aber überhaupt die Annahme eines Mittels beim Versuch von streng logischen Gesichtspunkten aus zu verwerfen, denn setzt das Mittel nicht begrifflich die Tauglichkeit zu einem bestimmten

---

[1]) Über die Gegner des Begriffes „obj. Gefahr" vgl. unsere Arbeit S. 67 und die Anm. 1 dazu; ebenso S. 82—86 und die dazu gehörigen Anmerkungen.

[2]) Vgl. unsere Arbeit S. 86—90 und die dazu gehörigen Standpunkte.

Die Scheidung in relativ und absolut untaugliche Mittel wird beanstandet z. B. von:

v. Lilienthal a. a. O. S. 291; v. Buri, G.S. 1867 S. 72, Z. I 1881 S. 185, 186, Beiträge S. 187, 188; Gallet a. a. O. S. 249; Garraud a. a. O. S. 398; Hertz a. a. O. z. B. S. 15, 21, 24, 27, 28, 31 usw.; Horn a. a. O. S. 343 Anm. 11; Hälschner, Lehrbuch S. 348, 349; Geyer, Z. I 1881 S. 34, 35; Klee a. a. O. S. 30, 31; Kohler a. a. O. S. 7; Eisenmann, Z. XIII S. 466, 468; Bar a. a. O. S. 13ff.; Binding, Normen II S. 411 Anm. 633; R.G., vgl. E.R. Bd. I S. 422; Rubo in G.S. 1865 S. 24; Hagemann, G.A. XXXII S. 222; Lammasch, Moment obj. Gef. S. 21; Havenstein S. 54ff. (in sehr ausführlicher Kritik der objektiven Theorie).

Gutgeheißen wird dieselbe Scheidung z. B. von:

v. Rohland a. a. O. S. 96ff.; Berner, Lehrbuch S. 144ff.; Meyer, Lehrbuch S. 210 Anm. 33; Frank a. a. O. § 43 S. 54, 55.

Beanstandet wird die Scheidung in Mittel und Objekt z. B. von:

Hälschner, Lehrbuch S. 349; Eisenmann, Z. XIII S. 466.

Gegen Obige z. B.:

Kohler a. a. O. S. 7, 8; Klee a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

Zweck voraus? Ist diese jedoch beim Versuch nicht stets ausgeschlossen.[1])

6. Der weiteren Differenzierung nach Tauglichkeit resp. Untauglichkeit innerhalb des Versuchs kann aber wiederum mit dem Hinweis darauf entgegengetreten werden, daß jeder Versuch untauglich sei, da in diesen Fällen von einem Erfolge doch nie die Rede sein könne.[2])

7. Ganz allgemein — ich möchte fast sagen: zusammenfassend — muß die Methode der Objektivisten, mit Generalisationen und Abstraktionen zu operieren, zurückgewiesen werden. Nur auf Tatsachen darf man sich im Recht stützen, denn fängt man einmal mit Abstraktionen an, so kann meistens keine Grenze angegeben werden, wo man damit aufhören solle. In einem solchen Falle kann dann z. B. jedes Mittel je nach Belieben entweder als tauglich oder als untauglich zusammenkonstruiert werden.[3])

So weit die Einwände v. Buris gegen die bisher schon bekannten objektiven Theorien! Welche Stellung würde aber dieser Autor neuerdings den gemischten Theorien, speziell den Plantheorien von Kohler und Klee gegenüber einzunehmen haben?

Auch gegen diese würden zunächst manche von den bisher angeführten Argumenten vorgebracht werden können; immerhin dürfte aber Buri ebensogut wie Kohler und Klee von einem subjektiv tauglichen Plan sprechen und insofern auch den Theorien der letztern seine Zustimmung erteilen. Daran aber, daß v. Buri im Gegensatz zu Kohler und Klee nur einen subjektiv tauglichen Plan und nicht auch einen solchen mit objektiver Tauglichkeit annehmen könnte, ohne daß beim letztern eo ipso der Erfolg eingetreten wäre, daran würde das Einverständnis scheitern. Entspricht es doch der ganzen logisch konsequenten Richtung von Buri nimmermehr, von objektiver Tauglichkeit, von einem dem Naturkausalismus ent-

[1]) Hälschner, Lehrbuch S. 350; v. Buri, G.S. 1888 XL S. 523; v. Buri, Z. I 1881 S. 188, Beiträge S. 190.

[2]) Vgl. hierüber die in Anm. 2 S. 139 Zitierten.

[3]) Vgl. v. Buri, G.S. 1867 S. 76.

Digitized by Google

sprechend objektivierten Plan zu sprechen, wenn die Handlung im Stadium des Versuchs stehen geblieben ist, wenn also der Erfolg noch fehlt! Auch hier darf von objektiver Tauglichkeit erst dann gesprochen werden, wenn sich diese in der Außenwelt gezeigt hat. Der in dieser Ansicht liegende Schluß ex post wäre aber mit Kohlers Theorie, mit deren abstrakten Kriterien nicht vereinbar. —

Betrachtet man v. Buris soeben aufgezählte Einwände ganz unparteiisch, wirft man überdies — wie sofort geschehen soll — einen Blick auf seine Lehre im ganzen, so kann man zweifellos seiner Theorie jenes Lob nicht vorenthalten, welches ihr Binding erteilt, wenn er die logische Geschlossenheit und bestechende Einfachheit der Konstruktion besonders hervorhebt;[1]) ist doch gerade mit Rücksicht auf die logische Seite diejenige Ansicht einzig und allein haltbar, die von subjektiven Gesichtspunkten ausgeht!

Um jedoch jeden Zweifel zu zerstreuen, mögen gleich noch einige Erläuterungen zu diesem Urteile folgen.

Das schon oben betonte Argument wird kaum bestritten werden, daß nämlich in jedem Versuch ein untaugliches Mittel gegeben sei,[2]) daß jeder Versuch einen Mangel aufzuweisen habe, der es unmöglich mache, daß der Erfolg eintrete, daß in jedem Versuch ein Irrtum enthalten sei.[3]) Ist dies aber richtig, ist außerdem einmal Buris Ansicht akzeptiert, daß dieser Irrtum, da er stets der gleiche sei, uns nicht berechtige, verschiedene Versuchsarten resp. verschiedene Strafbarkeit oder gar Strafbarkeit und Straflosigkeit zu unterscheiden, können andrerseits keine anderen Kriterien zur etwaigen Unterscheidung verschiedener Versuchsarten angeführt werden, so folgt daraus die unabweisliche Konsequenz, entweder jeden Versuch ein für allemal zu strafen oder dann straflos zu lassen,

---

[1]) Vgl. den Hinweis hierauf in G.S. 1868 S. 534; vgl. genau dieselben Worte bei v. Rohland a. a. O. S. 85.

[2]) Vgl. v. Buri, G.S. 1880 S. 345 und Z. I 1881 S. 186, wo er sich dahin ausspricht, daß jeder Versuch in Wirklichkeit sowohl hinsichtlich des Mittels als des Objekts untauglich sei.

[3]) Vgl. darüber die in Anm. 2 S. 139 Zitierten.

Digitized by Google

hiermit aber auch die Abweisung aller objektiven Theorien, die den Versuch scheiden, ohne irgendwelche Berechtigung dafür anführen zu können, die mit andern Worten alle das objektive Unterscheidungsmerkmal noch nicht gefunden haben, welches einmal eine tatsächliche Verschiedenheit der beiden Versuchsarten fixieren, welches aber zugleich zwischen tauglichem und untauglichem Versuch eine Grenze ziehen würde, ohne gegen die logischen Prinzipien zu verstoßen. Solange dies aber nicht geschehen, solange also die Unrichtigkeit des Satzes: „Jeder Versuch ist untauglich“ nicht nachgewiesen worden, solange wird auch die Konsequenz, jeden Versuch als strafbar zu betrachten, nicht als falsch bezeichnet werden können.[1])

Welches ist nun aber das maßgebende Kriterium, nach welchem wir den Versuch eines bestimmten Deliktes erkennen, bei dessen Vorhandensein wir also, wie aus obigem folgt, ohne weiteres die Strafbarkeit der Handlung bejahen können? —

Frägt man danach, woher denn die Objektivisten die Kenntnis der Richtung einer Handlung auf ein bestimmtes Delikt hätten, d. h. woraus diese Autoren schlössen, daß z. B. das zu Boden werfen einer Frau als ein Notzuchtsversuch und nicht als Raubversuch oder etwas ähnliches zu beurteilen sei, so kann die Antwort nur lauten: „Aus dem Willen.“[2]) Daraus aber geht wiederum klar und deutlich hervor, daß uns die objektive Seite des Versuchs allein über dessen strafrechtliche Qualität gar keinen Aufschluß geben, daß demgemäß der Versuch eben keinen objektiven Tatbestand haben, daß es vielmehr lediglich der Wille ist, welcher uns in dieser Richtung aufklären kann.[3])

---

[1]) Gegen die Ansicht, daß jeder Versuch strafbar sei, wendet sich speziell v. Liszt in seiner Abweisung der Schlußfolgerung des Reichsgerichts: „Jeder Versuch ist strafbar; der untaugliche Versuch ist Versuch; folglich ist der untaugliche Versuch strafbar“. Vgl. v. Liszt, Lehrbuch S. 190 und unsere Arbeit § 6 S. 137 Anm. 1.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 22.

[3]) Es ist richtig — soll ein etwas paradoxer Einwand eines Objektivisten angeführt werden — daß das Schießen nie versuchter Beischlaf sein wird. Was es aber sei: Scherz, Mordversuch, Versuch einer Körperverletzung, Versuch der Nötigung etc., das geht nur aus dem Willen hervor.

Digitized by Google

Und zwar ist dieser Satz nicht etwa so zu verstehen und auszulegen, daß der Wille neben der Objektivität lediglich zur Auslegung der juristischen Qualifikation von Belang sei, daß daher eine strafrechtlich relevante Handlung schon vor der Kenntnis der Willensrichtung feststellbar sei, denn erst die Kenntnis dieses speziellen Willens erlaubt uns, überhaupt von etwas für das Strafrecht Erheblichem zu reden.[1])

Haben wir aber hiermit festgestellt, daß es einzig der Wille ist, daß es allein dieser sein kann, welcher uns über die Richtung der Tat Aufschluß zu verschaffen imstande ist, so werden wir auch genötigt sein, gegen diesen Willen strafend einzuschreiten, nach der Feststellung des Vorhandenseins eines solchen Willens Strafe zu verhängen, kurz und gut, den Willen zur Basis der Strafbarkeit zu machen, mit andern Worten: Versuch dann anzunehmen, wenn sich dieser Wille vergegenständlicht hat.

Diese Vergegenständlichung des Willens aber findet sich wiederum ebensowohl in den Fällen, in denen der Wille auf etwas Taugliches, als in jenen, in welchen er auf Untaugliches (Mittel, Objekt, Handlung) sich richtet, kurz, nicht nur beim tauglichen, sondern in gleicher Weise auch beim sogenannten untauglichen Versuch. —

Nach diesen seinen Ausführungen aber hat v. Buri vollkommen Recht, wenn er sich dahin äußert:

„Es muß (darum) die erste Aufgabe der objektiven Versuchstheorie sein, entweder nachzuzeigen, daß der Versuch einen objektiven, von dem Willen unabhängigen Tatbestand habe, oder daß doch wenigstens das Absehen von den konkreten Verhältnissen und die Zuflucht zu abstrakten nicht allein gerechtfertigt, sondern auch zum Ziele führend sei.“[2]) Ebenso uneingeschränkte Zustimmung wird man aber den weiteren

---

Der Einwand wäre selbst dann nicht stichhaltig, wenn es auf die Frage ankäme, was das Schießen nicht ist. Denn wäre dann etwa mit mehr Präzision eine Antwort zu geben möglich?

[1]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 22; v. Buri, z. B. G.S. 1880 S. 324; gleiche Gedanken bei Lammasch, Moment obj. Gef. S. 63.

[2]) Vgl. v. Buri, G.S. 1868 S. 335.

Digitized by Google

Worten v. Buris zollen: „Das ist jedoch noch nirgends geschehen", wobei hinzugefügt werden könnte: „wo es aber versucht wurde, da war der Versuch noch immer ein untauglicher!"[1])

Als Ergebnis unserer Darlegungen können aber — dies sei nochmals zusammenfassend hervorgehoben — folgende drei Sätze angesehen werden:

1. Jeder Versuch ist untauglich.

2. Jeder Versuch ist strafbar.[2])

3. Der Wille allein kann im Versuche als maßgebendes Kriterium zur Entscheidung der Frage nach dessen Dasein, also auch nach dessen Strafbarkeit angesehen werden.

II. Nicht der reine Wille, nicht der Wille an und für sich ist es nun, welchen v. Buri als Basis seiner Theorie ansieht, von welchem die Entscheidung der Frage abhängt, ob ein Versuch gegeben ist oder nicht, sondern dieses maßgebende Kriterium liegt erst im **objektivierten Willen.**[3]) Jener Wille, der sich als ernstlicher in der Außenwelt vergegenständlicht hat, der aus der äußeren Handlung an und für sich schon erhellt, der seine Richtung auf einen rechtswidrigen Erfolg in seiner Objektivierung gezeigt hat, erst ein solcher Wille ist strafbar, erst in einem solchen zeigt sich der Versuch. Da aber nur die Objektivierung, nur das Äußere als ausschlaggebend betrachtet werden kann, so ist es klar, daß durch ein Geständnis allein ein solcher Wille nicht geoffenbart wird, es sei denn eben die postulierte Objektivierung vorhanden.[4]) Der Versuch aber ist demnach nichts anderes, als „das

---

[1]) Vgl. unsere Ausführungen S. 139ff. und die dort gegebenen Verweisungen.

[2]) Vgl. Anm. 1 S. 173 und unsere Arbeit § 6 S. 137 Anm. 1.

[3]) Den Unterschied dieser Objektivierung von der von Kohler einerseits, der von den Objektivisten andrerseits verlangten, haben wir schon oben S. 96 hervorgehoben.

[4]) Vgl. v. Buri, G.S. 1880 S. 324; über die Objektivierung des Willens vgl. auch (ganz richtig und deutlich) Kohler a. a. O. S. 17; Gallet a. a. O. Nr. 120 S. 273ff. (wo besonders hervorgehoben wird, daß der Wille allen Strafrechtstheorien gerecht werde).

Digitized by Google

subjektiv vollendete Verbrechen," als „objektivierter Wille."[1])

[1]) Vgl. v. Buri, G.S. 1867 S. 71, G.S. 1880 S. 323; Gallet a. a. O. S. 272: tentative: „Pas autre chose que la manifestation d'une intention, d'une volonté criminelle".

Vielfach wird den Subjektivisten die Frage gestellt, wo denn das Erfordernis einer bestimmten Objektivierung herkomme! Dieses sei doch nicht im Recht begründet, sondern rein willkürlich übernommen worden.

Darauf wäre folgendes zu bemerken: Der Wille in foro interno ist nicht erkennbar, kann deshalb auch für die Strafbarkeit nicht in Betracht kommen. Das Geständnis, daß ein solcher Wille vorhanden gewesen, können wir aber allein ebensowenig wie den Willen an und für sich berücksichtigen, würde doch die Sicherheit der Rechtsprechung in solchen Fällen oft genug zu wünschen übrig lassen und wäre man doch auch bezüglich der persönlichen Freiheit und Sicherheit der richterlichen Willkür preisgegeben. U. E. ist aber auch vom subjektivistischen Standpunkt aus der Umstand unbestreitbar, daß der Versuch Handlung ist (vgl. v. Buri, G.S. 1880 S. 344, wo er sagt, daß jeder Versuch eine nicht geeignete Handlung enthalte). Hierin liegt aber auch schon der Beweis, daß die Kundgebung, die Objektivierung, die Vergegenständlichung des Willens Wesensmerkmal des Versuchs ist. Man kann doch nicht Versuch = Wille setzen, denn wo bliebe in einem solchen Fall die Handlung?

Ist aber andrerseits nicht schon das Geständnis Objektivierung? Da könnte man natürlich verschiedener Ansicht sein und ist es auch tatsächlich.

Schon rein terminologisch wäre wohl die Meinung vertretbar, daß im Postulat einer „Vergegenständlichung durch Tatsachen" ein Pleonasmus liege, während eine „Vergegenständlichung des Willens durch Geständnis" sich als eine contradictio in adjecto darstelle. Wie dem aber auch sei: Praktische Erwägungen legen uns das Postulat einer Vergegenständlichung durch Tatsachen nahe und nur insofern man die Ansicht vertritt, daß begrifflich auch eine Objektivierung durch Geständnis möglich ist, nur insofern dürfte man auch von Willkür in der subjektivistischen Lehre sprechen. Wie weit dann allerdings diese „Willkür" geht, d. h. in welchem Maße das Geständnis nicht berücksichtigt wird, in welchem Maße es vielleicht doch wieder von rechtlicher Bedeutung sein kann, wie weit oder wie eng andrerseits die Objektivierung durch Tatsachen aufzufassen sei, dies alles sind Momente, welche ganz verschiedener Beurteilung unterworfen werden können.

Wir wollten hier nur so viel feststellen, daß die Objektivierung des Willens beim Versuch als ein im Rechte selbst begründetes Postulat anzusehen ist.

A. A. scheint allerdings v. Rohland a. a. O S. 86, 87 zu sein. Nachdem er zuvor, wie uns scheint, hervorgehoben hat, daß Kundgebung des Willens = Handlung aufzufassen sei, sagt er trotzdem, daß die postulierte „Objektivierung" des Willens ein Gebot der Rechtssicherheit sei, welches bei Vorliegen eines Geständnisses entfallen müsse. Darin liegt offenbar ein Widerspruch.

Digitized by Google

Diese Basis angenommen, folgt daraus, daß jeder objektivierte Wille, jeder Wille, der sich in der Richtung auf einen rechtswidrigen Erfolg vergegenständlicht hat, auch eo ipso strafbar ist. Und diese Konsequenz wird denn auch von Buri prinzipiell gezogen, jedoch schränkt er später doch wieder das Gebiet der Strafbarkeit in manchen Punkten so weit ein, daß die Konsequenz einer subjektiven Theorie dadurch aufgehoben wird, daß wir zu Schlußfolgerungen gelangen, die nur einer subjektiv-objektiven Lehre entsprechen würden. In dieser Einschränkung des Strafbarkeitsgebietes, hervorgerufen durch eine zu enge Auffassung des Begriffes „Objektivierung", hierin zeigt sich ein Symptom, welches festzustellen wir schon früher oft Gelegenheit hatten.

Verfolgt man die verschiedenen Theorien über den untauglichen Versuch etwas näher, so dürften bald genug die krampfhaften Anstrengungen auffallen, welche von Kriminalisten der verschiedensten Richtungen gemacht werden, um bestimmte Fälle dieser Versuchsart aus dem Gebiet der Strafbarkeit ausscheiden, um das Totbeten und Ähnliches straflos lassen zu können. Den Objektivisten, die im allgemeinen zur Straflosigkeit des untauglichen Versuchs gelangen, bieten diese Fragen weiter keine Schwierigkeit; aber schon die gemischten Theorien sehen sich gezwungen, wie wir dies auch bei Kohlers Lehre besonders hervorgehoben,[1]) mit Rücksicht auf diese speziellen Umstände Kriterien einzuführen, welche in keiner Weise im Strafrecht begründet sind. Man sollte nun allerdings glauben, daß eine Theorie wie die Burische, die, wenn auch nicht den „reinen", so doch den „objektivierten" Willen zur Grundlage genommen, mit Naturnotwendigkeit zu dem Ergebnis gelangen müßte, solche Fälle wie das „Totbeten" und ähnliche prinzipiell zu strafen. Hier läßt uns aber selbst v. Buris Logik im Stich. Den meisten übrigen Autoren folgend, sucht nämlich auch er nach Kriterien, welche solche Strafbarkeit verhindern, auch er hat den Mut nicht, einzugestehen, daß solche Fälle nach seiner Theorie als prinzipell strafbar zu behandeln sind,

[1]) Vgl. unsere Ausführungen oben S. 101 ff.

Digitized by Google

wie denn nur ganz wenige Subjektivisten für die Konsequenz einstehen, auch aus Aberglauben und ähnlichen Motiven vorgenommene Handlungen ins Gebiet der Strafbarkeit zu ziehen.[1])

Wie verteidigt aber v. Buri eine solche Inkonsequenz? Was für Argumente führt er dafür an? Der Deutlichkeit halber seien hier einige diesbezügliche Stellen aus Buris Schriften wörtlich angeführt:

1. „Aus diesem Gesichtspunkte (daß der Wille durch die objektive Vorliegenheit wie z. B. beim bloßen Geständnis nicht unterstützt sei) finden die Beispiele von dem Totbeten, die Wahnverbrechen usw. ihre natürliche Erledigung, indem sich kaum denken läßt, wie hier die Meinung des Handelnden von der Tauglichkeit des Mittels durch die Objektivität genügend sollte unterstützt werden können . . ."[2])

2. „So verhält es sich auch in den vorliegenden Beispielen. Der Wille mag ganz ernstlich gewesen sein, allein diese Ernstlichkeit hat selbst unter dem Hinzutritt eines Geständnisses keinen angemessenen Ausdruck in der Außenwelt gefunden, was eben im allgemeinen nur dann der Fall ist, wenn taugliche Mittel angewendet werden und das gesuchte Objekt auch anwesend und überhaupt zu treffen ist. Sobald aber aus dem Geschehenen zugleich erhellt, daß aus Irrtum das Mittel für tauglich, das Objekt für erreichbar angesehen wurde, dann unterliegt die Ernstlichkeit des Willens keinem Zweifel, sollte auch in Wirklichkeit die Absicht ganz unerreichbar gewesen sein. Der Versuch ist dann strafbar."[3])

3. „Was den Versuch mit abergläubischen und sympathetischen Mitteln anbelangt, so habe ich ausgeführt, daß derselbe nicht prinzipiell für straflos zu erachten sei. Denn unter besonderen Verhältnissen lasse sich auch hier ein in dem Geschehenen

---

[1]) So z. B. Eisenmann, Z. XIII S. 468; Thiry a. a. O. S. 308; Garçon a. a. O. S. 24, 25 Nr. 114, 116, S. 27 Nr. 134. Auch das R.G. hätte nach seinem prinzipiellen Standpunkt diese Ansicht vertreten müssen. Nach der Entscheidung vom 21. Juni 1900 darf es jedoch in diese Kategorie nicht mehr gestellt werden, vgl. Mercier a. a. O. S. 83.

[2]) Vgl. v. Buri in G.S. 1867 XIX S. 63.

[3]) Vgl. v. Buri in G.S. 1868 XX S. 330.

Digitized by Google

vergegenständlichter fester Wille erkennen, der in keiner Weise verschieden von jedem anderen Versuchswillen sei.“[1])

4. „Auch beseitigt sich die stets wiederkehrende Behauptung, nach der subjektiven Theorie müsse auch das Kronenthalerstecken usw. bestraft werden, ganz von selbst, wenn man nur beachtet, daß nur derjenige einen Erfolg wollen kann, welcher sich zwischen seiner Handlung und ihm den Verlauf eines Kausalzusammenhanges vorgestellt hat ...“[2])

Unscharfe Ausdrucksweise, Kompromißvorschläge, schwankende unfeste Haltung zeigen hierin deutlich auf die unsichere Lage, in welcher sich Buri fühlt. Offenbar will er uns auf eine etwaige Frage: z. B. „Ist das Totbeten strafbar?“, weder ja noch nein sagen, deshalb verweist er denn auch auf einzelne Fälle. Unseres Erachtens ist jedoch die prinzipielle Strafbarkeit unmöglich zu leugnen.

„Es genügt ein Rohbild der Tat, aber das Rohbild muß bereits die Züge der Tat zeigen.“[3]) Interpretiert man ein solches Postulat, den Begriff Objektivierung, allzu wörtlich, so gelangt man naturgemäß zu den Konsequenzen Buris; sieht man aber die Objektivierung schon dann, aber auch immer dann als vorhanden an, wenn sich der Wille in der Außenwelt in der Richtung auf einen rechtswidrigen Erfolg kundgegeben hat, mag auch erst das Geständnis Klarheit darüber verschaffen, welcher bestimmte Erfolg erstrebt war, so wird man auch sagen können, daß Fälle wie Totbeten und ähnliche stets strafbar seien. Entweder hat sich eben in der Außenwelt nichts objektiviert, der Wille ist ganz intern geblieben, dann ist auch nichts Strafbares feststellbar, oder der Wille hat sich eben objektiviert und dann ist strafbarer Versuch gegeben, wäre auch die Objektivierung erst mit Hilfe eines Geständnisses näher verständlich.[4]) So kann denn z. B. ein Gebet,

---

[1]) Vgl. v. Buri in G.S. 1880 XXXII S. 369[2].

[2]) Vgl. v. Buri in G.S. 1888 XL S. 529; vgl. daneben v. Buri, Z. I S. 205; Derselbe, Beiträge S. 203, 204; vgl. den Kompromißvorschlag v. Buris in G.S. 1888 XL S. 534—536 incl.

[3]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 17.

[4]) Vgl. hierüber auch S. 182 und Anm. 1 ebenda; dazu S. 206 a. E. ff.

Digitized by Google

in dem Gott angefleht wird, einen andern sterben zu lassen, als genügende Vergegenständlichung des Willens angesehen werden und nicht nur als Wunsch.[1]) Es kann eben nur auf das subjektive Wollen und darauf ankommen, ob dieses Wollen sich vergegenständlicht, also mit anderen Worten, ob es sich in der Außenwelt eine Unterlage geschaffen hat, nicht aber darauf, ob der Wille eine Unterlage in der Außenwelt findet, eine solche von vornherein gegeben sei.[2]) Es braucht aber auch der bestimmte verbrecherische Wille, die Richtung auf einen bestimmten Erfolg, nicht aus dieser geschaffenen Unterlage allein, aus dieser Vergegenständlichung durch Tatsachen an und für sich hervorzugehen, sondern neben dieser

---

[1]) Vgl. das Beispiel bei v. Buri, G.S. 1888 S. 529, wo er nur einen Wunsch annimmt.

[2]) Diese letztere Forderung würde ungefähr der Kohlerschen eines dem Naturkausalismus adäquat objektivierten Willens entsprechen.

Sie findet in v. Buris oben zitierten Stellen eine Stütze:

ad 1. „ . . . . , indem sich kaum denken läßt, wie hier die Meinung des Handelnden von der Tauglichkeit des Mittels durch die **Objektivität** (od. sollte es heißen Objektivierung?!) genügend sollte unterstützt werden können."

ad 2. „ . . . . diese Ernstlichkeit hat . . . . keinen angemessenen Ausdruck in der Außenwelt gefunden, was eben im allgemeinen nur dann der Fall ist, wenn taugliche Mittel angewendet werden und das gesuchte Objekt auch anwesend und **überhaupt** (!) zu treffen ist".

Ganz richtig und Obigem (hauptsächlich Stelle 1) entgegengesetzt:

ad 2. „Sobald aber aus dem Geschehenen erhellt . . . ., dann unterliegt die Ernstlichkeit des Willens keinem Zweifel, sollte auch in Wirklichkeit die Absicht ganz unerreichbar gewesen sein. Der Versuch ist dann strafbar".

Ebensolche Schwankungen zeigen sich in einem anderen Punkte:

ad 3. Was den Versuch mit abergläubischen . . . . Mitteln anbelangt, so habe ich ausgeführt, daß derselbe nicht prinzipiell für straflos zu erachten sei".

ad 1. „Aus diesem Gesichtspunkte . . . . finden die Beispiele von dem Totbeten . . . . ihre natürliche Erledigung, indem sich kaum denken läßt . . ." Also die Strafbarkeit solcher Fälle wäre darnach exceptionell!

ad 4. Mutatis mutandis könnte diese Stelle auch für Totbeten verwendet werden, jedenfalls bezieht sie sich auf abergläubische Mittel und kann daraus zum mindesten die prinzipielle Straflosigkeit solcher Fälle gefolgert werden. Wie vereinbart sich dies mit ad 1? Und wie vereinbart sich eine solche Meinung, mit der von v. Buri in Z. I S. 205 vertretenen; in welcher er zugibt, daß nach subjektiven Gesichtspunkten das Totbeten als prinzipiell strafbar zu betrachten sei?

Digitized by Google

allerdings unerläßlichen Unterlage kann auch das Geständnis zur Deutung und Klärung der Unterlage herangezogen werden.

Neben dem zurückgewiesenen Argument, nämlich daß in besagten Fällen die nötige Objektivierung fehle, wurde von Buri aber auch noch ein anderes Moment als Stütze seiner Ansicht vorgebracht, das Fehlen der Vorstellung des Verlaufes des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und gewolltem Erfolg.[1]) Nicht bestritten werden soll die Richtigkeit der Meinung, daß der Täter sich einen Kausalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem Erfolg gedacht haben muß, würde doch andernfalls von einem Willen nicht gesprochen werden können. Daß aber der Täter etwa über diesen Kausalzusammenhang Auskunft zu geben brauchte, daß er z. B. den Entwicklungsprozeß des Kronentalers zum Kronentalerbaum im einzelnen darzulegen imstande sein müßte, kann doch sicherlich nicht verlangt werden.[2]) Es genügt, wenn sich der Täter diesen Kausalzusammenhang in noch so vager, verschwommener und hauptsächlich noch so dummer und unwahrscheinlicher Art als möglich vorgestellt hat.

Damit dürfte aber erwiesen sein, daß v. Buri den Begriff der Objektivierung etwas zu eng faßt. Nicht auf den reinen Willen möchten wir zurückgreifen, würden dadurch doch alle mit jenem Standpunkte verbundenen unhaltbaren Konsequenzen mit übernommen werden müssen, ebensowenig scheint uns aber v. Buris enge Fassung der Objektivierung von subjektiven Gesichtspunkten aus gerechtfertigt zu sein; vielmehr würden

---

[1]) Auch in diesem Punkte zeigt sich eine gewisse Unsicherheit bei Betrachtung der Stellen 2 und 4. Man vgl.:

ad 2. Sobald aber aus dem Geschehenen zugleich erhellt, daß aus Irrtum das Mittel für tauglich, das Objekt für erreichbar angesehen wurde, dann unterliegt die Ernstlichkeit des Willens keinem Zweifel, sollte auch in Wirklichkeit die Absicht ganz unerreichbar gewesen sein. Der Versuch ist dann strafbar". Also auch ohne nähere Vorstellung des Kausalzusammenhangs!

ad 4. „. . . ., daß nur derjenige einen Erfolg wollen kann, welcher sich zwischen seiner Handlung und ihm den Verlauf eines Kausalzusammenhangs vorgestellt hat". Diese Vorstellung des Kausalzusammenhangs verlangt v. Buri auch in Z. I S. 205.

[2]) Vgl. v. Buri, G.S. 1888 XL. S. 529.

Digitized by Google

wir dieses Postulat folgendermaßen zusammenfassen: Das Geständnis ist dann nicht zu beachten, wenn es allein gegeben ist oder in Widerspruch zur Objektivierung des Willens steht, das Geständnis welches aber, sei es auch noch so schwach, durch die Objektivierung unterstützt wird, ist zu berücksichtigen.[1]) Der Idealfall wäre natürlich dann gegeben, wenn Geständnis und Objektivierung vollkommen übereinstimmen oder gar die Objektivierung

---

[1]) Ungefähr der gleichen Ansicht wie wir scheint auch Cohn zu sein. (Vgl. Cohn a. a. O. S. 275—290.) Er behauptet nämlich gegenüber John (v. Holtzendorffs Strafrechtszeitung 1872 S. 93), daß es nicht anzuerkennen sei, daß man dem Satze, daß die bloße Kogitation nicht strafbar sei, zu nahe träte, wenn man bei einem Geständnis, an dessen Zuverlässigkeit man nach allen Gründen der Vernunft nicht zweifeln dürfte, den Tatsachen die Bedeutung beilege, die ihnen der Angeklagte gibt (so Cohn a. a. O. S. 287).

Allerdings verlangen wir eine gewisse Unterstützung des Geständnisses durch die Objektivierung, dieses Postulat scheint aber auch Cohns Ansicht zu enthalten, wenn er von „Tatsachen" spricht.

Deshalb verstehen wir denn v. Buris Entgegnung (G.S. 1880 S. 360) nicht, die Cohns Äußerung „nicht näher begründet und unzutreffend" nennt, um dann fortzufahren: „denn entweder muß man mit dem römischen Recht dem Geständnis ohne alle Berücksichtigung des Geschehnisses volle Beweiskraft beilegen oder aber man steht, wenn man das Geschehene zur Ermöglichung der Annahme des Geständnisses heranzieht, auf der Basis des vergegenständlichten Willens".

Weder Cohn noch wir legen dem Geständnis ohne alle Berücksichtigung des Geschehnisses volle Beweiskraft bei, also stehen wir auf der Basis des vergegenständlichten Willens! Ganz richtig! Und trotzdem weichen wir wesentlich von v. Buri ab, der ja ausdrücklich John zustimmt, wenn dieser (Strafrechtszeitung 1872 S. 91) sagt: „Nimmermehr aber kann derjenige, welcher die geschehene Tatsache entstehen ließ, dasjenige erklären, was er mit dieser Tatsache gewollt". Die gleiche Ansicht taucht dann aber noch weiter unten (S. 92 a. E.) auf, wo John bezüglich einer Selbstdenunziation sich auch noch dahin ausspricht, daß diese nur zur Feststellung neuer Momente, zur Feststellung der Übereinstimmung mit der Vergegenständlichung von Belang sei. Der Wille des Täters, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, müsse ganz abgesehen von der Selbstdenunziation aus den objektiv vorliegenden Tatsachen hervorgehen.

Damit dürfte aber die engere Auffassung der Objektivierung im v. Burischen Sinne gegenüber unserer Ansicht genügend klar hervorgehoben sein. Die obsolute Nichtberücksichtigung des Geständnisses können wir eben nicht approbieren. Das Geständnis ist die selbstverständliche Ergänzung einer ungenügenden Objektivierung.

Digitized by Google

allein uns genügende Anhaltspunkte zur Feststellung der Richtung des rechtswidrigen Willens gäbe.

Durch die Nichtbeachtung des Geständnisses an und für sich wäre aber ohne weiteres alles dasjenige ausgeschieden, was v. Buri hauptsächlich unbequem sein könnte und unbequem werden müßte: Die Bestrafung des Willens an sich!

Und findet unsere Ansicht nicht auch in der Wirklichkeit eine Stütze? Folgt nicht schon aus dieser die Unzweckmäßigkeit der Burischen Ansicht? Ist nicht meistens der rechtswidrige Wille sowohl für Objektivisten als für Subjektivisten erst aus dem Geständnis ersichtlich? Wie will denn ein Subjektivist feststellen, ob das zu Boden werfen einer Frau Notzuchtsversuch, Raubversuch oder etwas anderes ist, wenn er nicht das eventuelle Geständnis beachtet? Glaubt man denn, daß diese Frage stets aus der Objektivierung allein zu entscheiden sein wird?

Haben wir uns aber in obigem gegen die von v. Buri postulierte Einschränkung der Strafbarkeit beim Totbeten und ähnlichen Fällen gewendet, so müssen wir gegen die Ansicht vieler weiteren Subjektivisten, welche in eben solchen Fällen den Willen, die Zurechnungsfähigkeit oder den Dolus als ausgeschlossen betrachten, ebenso energischen Protest erheben.[1]) Da diese An-

[1]) Folgende Subjektivisten würden ihren unten angefügten Motivierungen gemäß in diese Klasse gehören:

Zürcher, Verhandlungen Bd. II S. 399: „wenn einer ein ganz einfältiges Mittel anwendet, so wird eben der Dolus nicht nachgewiesen werden können"; **R.G.** in E.R. Bd. XXXIII S. 323: Urteil vom 21. Juni 1900: „So wenig der noch im Innern des Menschen verschlossene böse Wille Gegenstand des Strafrechts ist, ebensowenig können solche Handlungen als strafbare Äußerungen desselben gelten, die sowohl außerhalb der physischen als auch der psychischen Kausalität liegen". Es zeigt sich hier schon eine starke Hinneigung zu Kohlers und speziell zu Lammaschs Theorie; **Havenstein** S. 65: Der verbrecherische Wille „fehlt gerade bei den Versuchen an nicht existierenden Objekten", S. 63: „Das Totbeten ist gar kein Versuch, sondern Anstiftung Gottes etc." „Alle Versuche mit abergläubischen Mitteln sind . . . keine Versuche im wahren Sinne des Wortes" („effektlose Anstiftungen"); **Russischer Str.G.E.,** vgl. Gretener, russ. Entwurf S. 174ff.: in den Fällen rohen Aberglaubens oder grober Unwissenheit ist der Wille ausgeschlossen; **Osenbrüggen** S. 39: „Setze ich mir nun ein Handeln vor, durch welches ich weder das Ziel, noch irgend einen Punkt der Bahn erreichen kann, so ist das gewählte Mittel untauglich,

Digitized by Google

sichten jedoch schon von andrer Seite zurückgewiesen und

---

es ist kein Mittel zum Zweck und das Handeln ist nicht objektivierte Absicht, folglich liegt gar kein Versuch des Verbrechens vor." Neuerdings wären hier noch zuzuzählen **Seuffert,** M.J.KV. X (1902) S. 480; **Harburger,** M.J.K.V. ebda. S. 489. Weiterhin gehören hierher: **Gallet** a. a. O. S. 297; „car si toute répression s'évanouit ici, le motif n'en est nullement dans l'existence d'une impossibilité d'exécution, mais dans la preuve par l'insuffisance de l'attaque de l'insanité d'esprit de son auteur"; **Pirozzi,** bei Fioretti a. a. O. S. 474: „O Tizio è scemo di mente . . . .; o pure quello che egli hà fatto è un semplice scherzo, quanto si voglia di cattivo genere"; **Stooß,** Grundzüge S. 218: „In solchen Fällen liegt aber stets eine so grobe Verkennung des Kausalgesetzes und ein so bedeutender Mangel an Einsicht vor, daß der Täter nicht als zurechnungsfähig und jedenfalls nicht als vollkommen zurechnungsfähig angesehen werden kann"; **Thiry** a. a. O. S. 308: Trotz seines schon bekannten prinzipiell sehr streng subjektiven Standpunktes stellt dieser Autor doch die Frage: „est-il encore possible en effet, que l'on croie à l'efficacité des sortilèges? et celui qui y croirait serait-il responsable de ses actes?"; **Nabokow** S. 10: „L'extrême ignorance et la superstition (Kriterien, durch welche die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in Nabokows Theorie ausgeschlossen wird) servent d'excuse parce qu'elles sont reconnues comme confinant plus ou moins à l'irresponsabilité"; **Garofalo,** Criminologie S. 343: „Il n'y aurait pas ici de crimes, non pas à cause de l'insuffisance du moyen, mais parce que cette insuffisance est une preuve évidente de l'inaptitude de l'agent". Vom Standpunkt der positiven Schule aus, welche das Hauptgewicht auf die temibilità del delinquente legt, ist diese Ansicht im großen und ganzen richtig, in der angeführten allgemeinen Fassung jedoch bestreitbar; **Lammasch,** Moment obj. Gef. S. 77, 78: „Für übernatürliche und dämonische Mächte besteht der Staat nicht und umgekehrt bestehen sie nicht für ihn", vgl. dazu unsere Ausführungen oben S. 164 ff.; **Holtzendorff,** Handbuch S. 298: Bei der Scheidung der strafbaren Fälle reinen Aberglaubens von den straflosen bemerkt der Autor: „Der Täter ist hier nicht unmittelbar tätig, sondern verschafft sich erst ein Mittel oder um so zu sagen, will einen dritten zur Tat, bei welcher er selbst nicht weiter mitwirkt, anstiften".

Folgende Objektivisten stützen sich ebenfalls auf die oben angeführten Kriterien (N. B.: Wir sehen hier vollkommen davon ab, ob ihre diesbezügliche Ansicht im Einklang steht mit der von ihnen vertretenen Theorie im allgemeinen oder nicht!).

Zachariae a. a. O. Bd. I S. 241: „. . . . während es bei einem Versuch mit völlig untauglichen oder zweckwidrigen Mitteln ganz an der Möglichkeit fehlt, aus der äußeren Beschaffenheit der Handlung auf den Dolus zu schließen"; **Frank** a. a. O. § 43 S. 55: „in derartigen Fällen fehlt es an dem rechten Dolus"; **Kohler** a. a. O. S. 12, 13: „Das Strafrecht hat es nicht mit dem Wunsche zu tun, sondern nur mit dem konkreten Wollen." Nach Kohlers Ansicht ist also in vorliegenden Fällen kein deliktuoser Wille vorhanden;

Digitized by Google

widerlegt worden sind,[1]) können wir von einem speziellen Ein-

vgl. auch unsere Ausführungen oben § 4 III S. 100 ff., speziell S. 103 (vgl. auch S. 97 Nr. 1); **v. Bar** a. a. O. S. 18: „. . . . so ist nicht ein Mangel des Wissens, sondern des Wollens anzunehmen"; **Pfenninger** a. a. O. S. 777: „Es fehlt die Möglichkeit, die Ernstlichkeit des Unternehmens und die sprachgebräuchlich stets vorausgesetzte Normalität, denn das Normale ist die notwendige Voraussetzung aller Verständigung, es ist der gemeine Sinn"; **Derselbe** a. a. O. S. 778: „Es ist wohl zu betrachten, daß gerade in Fällen, wo ungeeignete Mittel ergriffen wurden, nicht bloß die Einsicht fehlte, sondern oft der Wille, den Erfolg herbeizuführen!"; **Gretener,** russ. Entwurf S. 174 a. E.: „Wenn aber der Schuldige seinen Vorsatz mit solchen Mitteln zu verwirklichen beschloß, deren Wahl von seiner völligen Unwissenheit, rohem Aberglauben usw. zeugt, so läßt sich bloß von verbrecherischen Plänen, Wünschen, nicht aber von einem gemeingefährlichen Willen sprechen, weshalb . . . ."; **Ortolan** a. a. O. S. 456: „or un délit imaginaire, sans réalité physique possible, un délit qui n'a été et n'a pu être que dans la croyance de l'agent peut-il tomber sous le coup de la pénalité sociale?" „mais nous savons que cette justice (absolue D. V.) ne peut pas être celle des sociétés". Da Ortolan in solchem Falle von der croyance und nicht der volonté spricht, so will er hierbei offenbar das Vorliegen des Willens negieren"; **v. Rohland** a. a. O. S. 101, 102: „Der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln gehört in dem erörterten Umfang zum Wahnverbrechen".

[1]) Gegen einzelne oder mehrere der bei obigen Schriftstellern maßgebenden Punkte sprechen sich ausdrücklich aus (unbeachtet ihres sonstigen Standpunktes):

Rubo, G.S. 1865 XVII S. 12. 13: „Die Straflosigkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln läßt sich u. E. überhaupt nicht aus den allgemeinen Lehren über die Zurechnung herleiten. Bei diesen Versuchsfällen muß sogar angenommen werden, es habe der Handelnde eine von ihm gewollte Handlung auch wirklich vollzogen"; **Hertz** a. a. O. S. 36, 37 spricht sich gegen die Negierung des ernstlichen Willens und gegen die Behauptung aus, daß der Wille sich in besagten Fällen noch nicht äußerlich manifestiert habe. Auch die oft angewendete Ausflucht durch Annahme einer Anstiftung Gottes im Falle des Totbetens weist er zurück; **Klee** a. a. O. S. 34: „Nicht richtig ist, zu sagen, der Bauer habe gar nicht den ernstlichen Willen zu töten, den Fall mit der Bemerkung abzutun: „Der Handelnde wünscht vielleicht den fraglichen Erfolg, hat aber, ihn zu wollen, nicht den Mut"; **Hagemann** S. 222: „Alle Versuche, denselben (sc. den Fall des Totbetens) als nicht strafbar hinzustellen, z. B. weil der Täter dabei nicht ernstlich den Willen zu töten habe, scheinen mir verfehlt"; **Kohler** a. a. O. S. 10 Anm. *: „Unzutreffend ist es allerdings in solchen Fällen anzunehmen, daß lediglich Simulation oder ähnliches vorliege, oder daß die Zurechnungsfähigkeit des Täters in Zweifel komme und daß sich mit einem solchen Menschen die Strafrechtspflege nicht zu be-

Digitized by Google

gehen auf jene absehen und fassen daher unsere Ansicht nochmals dahin zusammen:

Jede Theorie, die subjektiv vom Willen oder vom objektivierten Willen ausgeht, muß notwendigerweise dazu gelangen, Totbeten und Fälle, in denen abergläubische Mittel angewendet werden, als prinzipiell strafbar zu betrachten.

III. Wohl wären noch einige Punkte der v. Burischen Theorie einer speziellen Erwähnung wert, wie z. B. die Frage nach der Stellung des Rücktritts beim untauglichen Versuch

---

schäftigen brauche"; **Meyer,** Lehrbuch S. 210 Anm. 39: „Nicht richtig ist, daß in diesen Fällen (sc. wenn es sich um ein völlig oder absolut untaugliches Mittel handelt oder wenn ein geeignetes Objekt oder eine wesentliche Voraussetzung der Verübung der Tat gefehlt hat D. V.) kein wahrer Vorsatz (Baumgarten) oder daß kein Anfang der Ausführung vorliege (Zachariae, Berner) oder daß es an der erforderlichen Gefährlichkeit der Handlung fehle (Feuerbach, Lammasch, v. Rohland, v. Liszt) oder daß die auch nur teilweise Verwirklichung der Absicht zu vermissen sei (Geyer) oder daß die objektiven Merkmale des Versuchs fehlen (Merkel) oder daß ein bloßes Putativdelikt vorliege usw"; **Derselbe,** Lehrbuch S. 212: „Und völlig irrig ist es, daß im Falle der Verwendung eines abergläubischen Mittels niemals von einem wahren Vorsatz die Rede sein könne", vgl. dazu a. a. O. Anm. 47; **Garçon** a. a. O. S. 27 Nr. 134: „croire à la sorcellerie, c'est être très ignorant, fort inintelligent, ce n'est pas être fou"; **Mittermaier,** G.S. 1859 XI S. 434: „Man hat zwar in neuerer Zeit der Sache die Wendung gegeben, daß der, welcher seinen Feind totbeten will, keinen bösen Willen, sondern nur einen Wunsch hegt; allein dies ist eine irrige Voraussetzung, da der Abergläubische sein Gebet für ebenso wirksam hält und dadurch seinen Zweck erreichen will, als der, welcher arabischen Gummi gibt, den er für ein Mittel der Tötung ansieht"; **Holtzendorff,** Handbuch S. 292, 293: „Die Existenz eines verbrecherischen Willens und die in der Absicht, ihn zu realisieren, vorgenommene Handlung, sind bei an sich untauglichen Mitteln ebenso vorhanden als bei der Wahl eines unzulänglichen Mittels"; **Orestano** a. a. O. S. 93 Nr. 88. „Or nei reati impossibili, si ha una volontà malvaggia, . . ."; vgl. auch **Horn** a. a. O. S. 347 Anm. 16, wo sich dieser Autor gegen die Ansicht ausspricht, daß in solchen Fällen die Objektivierung, die Ernstlichkeit des Willens fehle oder gar Unzurechnungsfähigkeit vorliege"; **Wharton** S. 212 nimmt selbst in den Fällen nicht existierenden Objekts doch bösen Willen an; **Geyer,** Erörterungen S. 60 wendet sich gegen die Ansicht, welche beim Totbeten Mangel des Willens annimmt; ähnlich **Havenstein** S. 44, 45 durch Anführung eines Ausspruches von Scherer: „Sein verbrecherischer Wille ist auf eine Art in Erscheinung getreten, daß kein Zweifel mehr aufkommen kann".

Digitized by Google

oder diejenige nach der relativen Strafbarkeit des Versuchs im allgemeinen. Da jedoch diese Momente bei Besprechung unserer persönlichen Ansicht einer Erörterung nicht entzogen werden können, sind die nächsten Paragraphen der passende Ort, um, wenn auch nicht speziell auf v. Buris Meinung einzugehen, so doch unter anderem auf dieselbe zu verweisen. —

Eine eingehende Erörterung der Vorteile der subjektiven Theorien als Schluß dieses Paragraphen können wir uns um so eher ersparen, als v. Buri keinen Angriff unbeantwortet gelassen und in mehreren Arbeiten sowohl die Vorzüge seiner Lehre dargestellt, als die Einwände seiner Gegner zurückgewiesen und entkräftet hat.[1]) Auch braucht man nur jene Punkte herauszugreifen, welche wir bei den Objektivisten verworfen haben um ihre Verwerfung den Subjektivisten als Vorteil anrechnen zu können.

Ein kurzer **Überblick der Vorzüge der subjektiv-objektiven Lehre** — wenn wir auch v. Buris Ansicht mit diesem Namen belegen, geschieht es mit Absicht und eingedenk seines Widerspruchs[2]) — wird jedoch kaum als überflüssig betrachtet werden können und so seien diese hier nochmals rekapituliert. Als solche Vorzüge wären wesentlich folgende Punkte zu betrachten:

a) Die subjektive Lehre braucht keine Scheidung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung zu machen.[3])

b) Ebenso ist der Unterschied zwischen Versuch und Mangel am Tatbestand für sie vollkommen überflüssig.[4])

---

[1]) Angriffe auf die subj. Theorie finden sich hauptsächlich bei: Cohn a. a. O. § 6 S. 156ff.; v. Rohland a. a. O. S. 85ff.; Geyer, Z. I 1881 S. 30ff. Die Antworten darauf gab v. Buri in: G.S. 1880 XXXII S. 321ff., G.S. 1888 XL S. 503ff. speziell 507ff., Z. I 1881 S. 185ff., Beiträge S. 187ff.

[2]) Vgl. v. Buri, G.S. 1867 XIX S. 77; Derselbe, G.S. 1880 XXXII S. 324, 325 und unsere Anm. 2 S. 7 in den einführ. Bem.

Die leicht mißzuverstehende Äußerung in G.S. 1867 a. a. O. wird durch das Wort „gleichmäßig" in der Stelle in G.S. 1880 a. a. O. klargestellt. Der Wille und die Tat können natürlich nicht „gleichmäßig" berücksichtigt werden. Von einem subj.-objekt. resp. objekt.-subj. Standpunkt zu reden, je nach Überwiegen des vorangestellten Kriteriums, ist man aber trotzdem berechtigt.

[3]) Vgl. v. Buri, G.S. 1867 XIX S. 70; Derselbe, G.S. 1880 XL S. 529.

[4]) Vgl. v. Buri, G.S. 1880 S. 362 Nr. 9.

Digitized by Google

c) Eine Differenzierung in tauglichen und untauglichen Versuch wäre nach ihren Prinzipien falsch;[1])

d) wie denn auch zwischen relativer und absoluter Tauglichkeit resp. Untauglichkeit eine Teilung nicht möglich ist.[2])

e) Stets soll der einzelne Fall als solcher ins Auge gefaßt werden, wodurch die den Objektivisten so eigentümlichen Abstraktionen vermieden, damit aber auch die Begriffe objektive Gefahr und manche der oben schon hervorgehobenen (z. B. absolute Tauglichkeit etc.) als falsch ausgeschieden werden.[3])

Auf einige dieser Punkte im folgenden Kapitel nochmals zurückzukommen, wird nicht zu umgehen sein.

Das Urteil über v. Buris Theorie möchten wir aber nunmehr dahin zusammenfassen: Es ist diejenige Theorie, welche für eine gesetzliche Regelung allen bisher betrachteten insofern vorzuziehen ist, als sie die meiste Sicherheit in ihren Begriffen, welche sich nur an die Realität anlehnen, enthält, sodann aber eine einheitliche Grundlage sowohl für die Versuchs- als die Vollendungsstrafe anzunehmen ermöglicht und endlich durch ihre weitgefaßten Kriterien einerseits den Lebensverhältnissen gerecht werden kann,[4]) andererseits das Gebiet der Strafbarkeit nicht durch nicht zu billigende verschwommene Argumente allzusehr einschränkt, alles Vorzüge, die sich auch in der Praxis durch die Möglichkeit einer einfachen und einheitlichen Handhabung der Prinzipien fühlbar machen müßten.[5])

---

[1]) Vgl. unsere Ausführungen oben S. 171 Nr. 6 und die dazu gehörige Anmerkung.

[2]) Vgl. unsere Darlegung oben S. 170 Nr. 4 und die dazu gehörige Anm.

[3]) Vgl. z. B. v. Buri, G.S. 1867 S. 69.

Man darf sich weder „auf den Standpunkt des vollendeten Verbrechens" stellen, bevor diese Vollendung eingetreten, noch „auf den Anfangspunkt der verbrecherischen Tätigkeit" und von da aus Schlüsse ziehen, die nicht absolute Gewißheit für sich haben.

[4]) Vgl. v. Buri, G.S. 1880 S. 323.

[5]) Die Einfachheit der v. Burischen Theorie wird selbst von Objektivisten zugegeben; doch wird bestritten, daß ihre praktischen Ergebnisse befriedigende wären; dafür wird der Beweis verlangt. U. E. ist der Beweis im allgemeinen

Digitized by Google

Hiermit hätten wir aber alle diejenigen Theorien erörtert, die zu besprechen wir uns vorgenommen hatten; das nächste Kapitel möge nun unsere eigene persönliche Ansicht, die vielfach schon im Besprochenen durchschimmerte, zu Worte kommen lassen.

Viertes Kapitel.

Eigene Ansicht des Verfassers.

§ 9. Der Wille als Grundlage der Versuchsstrafe; Konsequenzen dieses Standpunktes.

I. In den bisher erörterten Kapiteln des II. Teiles unserer Arbeit haben wir die markantesten der in der deutschen strafrechtlichen Literatur bezüglich der Lösung der Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs vertretenen Theorien einer näheren Betrachtung de lege ferenda unterworfen und sind zu dem negativen Resultat gelangt, daß keiner jener Ansichten unsere unbedingte Zustimmung gegeben werden könne.

Schon in den „einführenden Bemerkungen“ äußerten wir jedoch die Meinung, daß eine bestimmte Richtung bei näherer Beobachtung der neuestens vertretenen Theorien nicht übersehen werden könne, eine Richtung, welche allerdings weniger in Deutschland — gerade hier ist ja die subjektive Lehre schon manches Jahrzehnt hindurch von verschiedenen Seiten mit Nachdruck verteidigt werden — als vielmehr in Frankreich auffällt, wo die — sit venia verbis — alleinherrschende klassische Theorie noch allerneuestens entschiedene Gegner gefunden hat. Wir glauben denn auch nicht zu übertreiben, wenn wir eine Entwicklung der Ansichten vom strengen Objektivismus bis zum

durch die Reichsgerichtspraxis erbracht. Da jedoch gerade hiergegen oft Widerspruch erhoben wurde, so möchten wir unserer Überzeugung Ausdruck leihen, daß die subjektive Theorie auch alsbald befriedigend genannt werden wird, sobald einmal der einzig richtige Gesichtspunkt durchgedrungen, daß es bei der Frage der Strafbarkeit auf den Willen ankomme. Dieser Gesichtspunkt aber scheint mir in der Auffassung des Volkes einheitlicher vorzuherrschen, als bei den Deduktionen der Juristen. Möge er immer mehr an Boden gewinnen! Hierzu vgl. neuerdings v. Bar, Reform S. 23.

Digitized by Google

fast ebenso strengen Subjektivismus annehmen. In diesen beiden extremen Theorien zeigen sich offenbar die beiden Pole einer langen Entwicklungsreihe. Einen Blick in diese Richtung zu tun, gestattet die Literatur der letzten Jahre, in welcher der Subjektivismus immer mehr an Boden gewinnt. Und es ist darnach ein **Werdegang** feststellbar, der unserer prinzipiellen Auffassung der hier zu behandelnden Fragen immer näher rückte, der wohl als ein nicht zu mißdeutendes Sympton für deren Weiterbildung in unserer und späterer Zeit angesehen werden kann.

Die Gründe für diesen allgemein bemerkbaren Entwicklungsgang von der objektiven zur subjektiven Theorie[1]) mögen nun etwa in folgenden Punkten gesehen werden. Daß man den untauglichen Versuch nicht länger unter dem „scandale de l'impunité“[2]) lassen wollte, wie dies früher so oft der Fall gewesen, mag auf der Erkenntnis beruht haben, daß selbst im untauglichen Versuch eine Gefahr für die Rechtsordnung liege, daß daher nicht zugelassen werden dürfe, daß der Wille sich ungestraft gegen diese auflehne und demgemäß nur die Dummheit und Unerfahrenheit oder auch die Ungewohntheit (Nichterkennbarkeit im Sinne von v. Kries)[3]) und nicht das Fehlen der moralischen Schlechtigkeit, der ethischen Schuld des Täters als die entscheidenden Faktoren für seine Straflosigkeit anzusehen wären, obschon dieser, gewitzigt durch seinen ersten Fehlgriff, beim zweiten Angriff sicher dafür sorgen würde, daß der Erfolg nicht ausbleibe. Außerdem wird man aber nach und nach, gedrängt durch die immer wiederholten Vorstellungen einiger Subjektivisten, überhaupt darauf aufmerksam geworden sein, daß mit den objektiven Kriterien ein einheitlicher Aufbau der Versuchs-

---

[1]) Auf diese Tendenz machen auch aufmerksam: Mercier a. a. O. S. 85: En outre, la jurisprudence est intéressante en nous montrant l'orientation des idées, qui est nettement dans le sens de la théorie subjective en Allemagne, en Angleterre, en France, en Russie et même en Italie; vgl. auch Mercier a. a. O. S. 86; Saleilles a. a. O. S. 72 Anm. 3; Cohn, Jurist. Wochenschrift XXXII. Jahrg. S. 287.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 34 Abs. 2.

[3]) Vgl. v. Kries, Möglichkeit S. 304.

Digitized by Google

lehre nicht möglich sei, daß vielmehr die einzig brauchbare Grundlage für die Erklärung und Handhabung der Versuchsstrafbarkeit, also für Theorie und Praxis, im Willen gesehen werden müsse.[1])

Daß noch viele weitere Gründe die Ansicht unterstützen, die objektive Lehre sei eine unzulängliche, unlogische, ja oft unrichtige, dies dürfte aus den Ausführungen zu Lammasch, v. Buri u. A. A. noch in Erinnerung sein[2]), und es wird deshalb von einer nochmaligen Wiederholung dieser Gründe Abstand genommen werden können.

Die Bestimmung des laufenden Paragraphen ist es nun, Grundlagen und Konsequenzen einer einheitlich subjektiven Theorie etwas näher ins Auge zu fassen, um so für weitere Deduktionen eventuell einen Stützpunkt zu finden; außerdem entspricht aber auch eine solche Betrachtung der Tendenz unserer ganzen Arbeit, jener Tendenz, die wir schon in den einführenden Bemerkungen präzisiert haben und die in dem Satz gipfelt:

„Ist eine gesetzgeberische Lösung der Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs möglich?"

Halten wir uns aber nunmehr v. Liszts Ausspruch gegenwärtig:

„Die Wahrheit läßt mit sich nicht handeln; die Wissenschaft kennt daher keine Kompromisse." „Aber anders liegt es auf dem Gebiet der praktischen Betätigung, auf dem Gebiet der Gesetzgebung insbesondere. Hier sind Kompromisse nicht nur möglich, sie sind die notwendige Voraussetzung für jeden ruhigen Fortschritt, sie können nicht umgangen werden, soll nicht das politische Leben in trostlose Stagnation versumpfen oder in brutale Majorisierung ausarten";[3]) halten wir uns diesen Ausspruch gegenwärtig, so sind uns die **weiteren Gesichtspunkte** gegeben, so ist uns der **weitere Weg,** den wir zu gehen haben, vorgezeichnet.

Wir werden zunächst den streng theoretisch-wissenschaftlich

---

[1]) An diesem Orte soll der Unterschied zwischen reinem und objektiviertem Willen noch nicht hervorgehoben werden. Im übrigen handelt es sich in diesem Paragraphen stets um den reinen Willen.

[2]) Vgl. oben § 7 I S. 138ff., § 8 I S. 168ff.

[3]) Vgl. v. Liszt, Z. XXI 1901 S. 140; vgl. hierzu Wach, Die krimi-

Digitized by Google

aufgefaßten Subjektivismus näher darzulegen suchen, seine Richtigkeit prüfen, seine Konsequenzen beachten; der folgende Paragraph soll dann die praktisch vertret- und verwertbare Meinung, den gesetzgeberischen Vorschlag eingehender behandeln und begründen.

II. Kohler[1]) nennt die Ansicht, „die dahin neigt, gleichen Willen stets gleich zu behandeln", eine „recht einseitige und fast weichliche Anschauung" und mag damit teilweise Recht haben. Auf den ersten Blick hin wird man sich allerdings verwundern, daß streng nach dem Willen so mannigfach verschiedene Verhältnisse geregelt werden sollen. Es mag unzweckmäßig erscheinen, dem Erfolge nicht die ihm oft zugesprochene Rolle, nicht den entscheidenden Einfluß wenigstens in betreff der relativen Strafbarkeit, wenn auch nicht bezüglich der absoluten, einzuräumen. Und doch bedenke man nur das eine: Zeigt sich irgendwo die Schlechtigkeit, die Verworfenheit, die Gemeinheit des Täters deutlicher als im Willen? Gibt es ein zutreffenderes Kriterium als den Willen für die Ausmessung der Strafe? Können wir denn mit der Strafe gegen etwas anderes reagieren als gegen den Willen?[2]) — Man wird einwenden, daß die himmlische Gerechtigkeit die Bestrafung der Gesinnung für sich in Anspruch nehme, daß unsere irdische, soziale Gerechtigkeit jedoch weder dazu da, noch irgendwie imstande sei, die erstere zu ersetzen oder auch nur zu sekundieren.[3])

Dies geben wir ohne weiteres zu und auch wir würden uns niemals dazu verstehen können, in praxi ein System anzuwenden, ja nur für die Praxis zur Anwendung zu empfehlen, das auf dem oben skizzierten Grundsatz sich aufbauen, das den bloßen Willen zur Grundlage nehmen würde, obschon selbst durch eine solche Basis der Unterschied zwischen Moral und Recht nicht

---

nalistischen Schulen und die Strafrechtsreform S. 4, Leipzig 1902; v. Liszt, Gutachten S. 270; Kahl, D.J.Z. VII S. 301; Kahl, Die Reform des Deutschen Strafrechts im Lichte evang. Sozialpolitik (Verh. des 14. evang.-sozialen Kongresses in Darmstadt 1903) S. 101.

[1]) Vgl. Kohler im Vorwort zu Klee a. a. O. S. III.

[2]) Vgl. hierüber unsere Ausführungen S. 127 a. E., 128 einerseits, die Darlegungen zu Lammasch § 7 II S. 143, 144 andererseits.

[3]) Vgl. Ortolan a. a. O. S. 456 Nr. 1006 Abs. 1 a. E.

Digitized by Google

vollkommen verwischt würde. Daß wir aber trotzdem diese **allerreinste subjektive Theorie** näher präzisieren wollen, dieser Umstand entspringt einerseits dem Bedürfnis, auch die Urzelle unserer persönlichen Ansicht etwas genauer ins Auge zu fassen, andererseits dem Bestreben, einmal in den unhaltbaren Konsequenzen die Unhaltbarkeit einer rein subjektiven Theorie zu beleuchten, — eine Tatsache, die nicht verschwiegen werden darf, sobald die ganze theoretische Konstruktion dazu vorgenommen wird, um einer legislativen Regelung einen Maßstab an die Hand zu geben —, dann aber auch noch die theoretische Unhaltbarkeit der rein subjektiven Basis an und für sich hervorzuheben. Es soll durch all dies der Satz illustriert werden, daß weder eine rein objektive Lehre — wie wir schon gesehen[1]) — noch eine ganz rein subjektive — wie wir gleich sehen werden — haltbar und brauchbar ist, sondern daß lediglich und allein eine Verbindung subjektiver und objektiver Momente eine praktisch brauchbare (Kompromiß-) Theorie zu schaffen imstande ist.[2]) Von der Richtigkeit dieser unserer Ansicht sind wir aber um so mehr überzeugt, als selbst der konsequenteste Subjektivist, v. Buri, in seiner Theorie neben subjektiven auch objektive Kriterien eingeführt hat, obschon er sich mehrmals gegen die Möglichkeit einer Verbindung im Sinne einer subjektiv-objektiven Lehre ausgesprochen hat, weil doch entgegengesetzte Ansichten nicht verschmolzen werden könnten und sich die Gegner wohl kaum bereit finden dürften, in dieser Frage ihre Auffassung, die auf die Grundprinzipien des Strafrechts zurückgeht, zu modifizieren.[3])

Ist aber demgemäß für die Versuchslehre eine solche Vereinigung verschiedener Grundanschauungen unbedingt nötig, so weist doch nicht dieser Teil des Strafrechts allein eine solche Notwendigkeit auf, sondern unser ganzes Recht beruht auf solchen Vermittlungen, wie denn — um nur einige wenige Beispiele an-

[1]) Vgl. oben Teil II § 2 II S. 67ff.

[2]) So schon Mittermaier, N.A. IV S. 100, 101; Hertz a. a. O. Einleitung S. 1.

[3]) Vgl. unsere Anm. 2 S. 7 in den Einführ. Bem., außerdem Anm. 2 im II. Teil S. 187.

Digitized by Google

zuführen — die Objektivisten gezwungen sind, ein subjektives Moment gutzuheißen, um den Versuch überhaupt strafen zu können, die Subjektivisten hingegen sich veranlaßt fühlen, ein objektives Kriterium einzuführen, um die Vollendung schärfer zu bestrafen.

Auf die rein subjektive Lehre speziell eingehend, wäre nunmehr zu bemerken, daß eine solche Theorie im Willen, im reinen Willen, im Willen an und für sich das maßgebende Kriterium sowohl für die Bestimmung des Daseins eines Versuches als auch für dessen Strafbarkeit sehen müßte. Ein Vorteil dieser extremen Theorie mag sodann gleich angeführt werden, der Vorteil nämlich, der darin liegt, daß bei Annahme des oben skizzierten Grundes der Strafbarkeit keine Strafrechtstheorie in ihrer Zweckfestsetzung verletzt wird, mit andern Worten, daß jede einzelne Theorie ihren speziellen Zweck beibehalten kann, geht sie nur erst in der Grundauffassung vom subjektiven Standpunkt, vom Willen aus.

»Qu'il s'agisse de satisfaction à l'idée de justice ou à l'idée d'utilité; qu'il s'agisse, avec l'école spiritualiste, de punir pour une faute commise et de prévenir le mauvais usage futur d'une liberté souveraine; où au contraire, avec l'école positiviste italienne, de se garer contre les manifestations d'une activité fatalement perverse et antisociale — et nous ne doutons pas que la répression soit en même temps tout cela, — la solution logique, la seule logique et rationelle, est identique et fatale, en matière de répression c'est l'intention, et l'intention seule qui vaut et qui compte . . . . .«[1])

Und so wäre es denn auch uns möglich, vom Willen ausgehend, in Übereinstimmung mit der soziologischen Richtung im Strafrecht[2]) den Zweck der Strafe sowohl in der Abschreckung, als in der Besserung und Sicherung zu sehen.

Ist aber in einer solchen rein subjektiven Theorie eine Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch — man entschuldige den Gebrauch dieser fehlerhaften, doch altgewohnten Terminologie — nötig?[3]) Wir

[1]) Vgl. Gallet a. a. O. S. 273.

[2]) Vgl. darüber v. Liszt, Lehrbuch § 13; § 16.

[3]) Natürlich ist hier — da nach einer subjektiven Theorie jeder Versuch

Digitized by Google

wissen schon, daß in den von uns besonders hervorgehobenen subjektiven Theorien keine einheitliche Ansicht über diesen Punkt festgestellt werden konnte. Während v. Buri, fußend auf der Annahme eines in jedem Versuch und zwar genau gleich gegebenen Irrtums über die Kausalität des Tuns eine Scheidung in strafbaren und straflosen Versuch verwirft, weiter aber, die Differenzierung der in jedem Versuch enthaltenen Untauglichkeit der Handlung abweisend, die Trennung in tauglichen und untauglichen Versuch als falsch betrachtet,[1]) will Lammasch, gerade auf dem Irrtum basierend, eine solche Unterscheidung nach Tauglichkeit und Untauglichkeit immerhin aufrecht erhalten.[2]) Nach ihm unterscheiden sich die zwei Versuchsarten durch den in beiden vorkommenden, jedoch grundverschiedenen Irrtum, durch welchen die Untauglichkeit auch hier, analog dem Vorgange bei jedem Versuch, hervorgerufen wird. So sei denn im gewöhnlichen Versuch ein Irrtum über die äußeren Umstände, über die vor Beginn der Handlung gegebenen Bedingungen, über den Spielraum, das Milieu, den Zustand gegeben, während beim „untauglichen Versuch" ein Irrtum über unsere eigene Tätigkeit, über die von uns selbst gesetzten Bedingungen, über unsere Handlung, über die Veränderung, die wir hervorrufen, das Defizieren der Vollendung, zugleich aber auch die Handlung selbst veranlasse.[3])

---

als „untauglich" zu betrachten ist — der Ausdruck „untauglicher Versuch" als Bezeichnung für den untauglichen Versuch i. e. S. aufzufassen. Der Bequemlichkeit und der besseren Verständlichkeit halber behalten wir jedoch die alte Terminologie bei. Vgl. dazu unsere Anm. 1 S. 197 und Anm. 2 S. 196.

[1]) Vgl. unsere diesbez. Ausführungen S. 172, 173.

[2]) Vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 25, 28.

[3]) Die obige Differenzierung Lammaschs ist nicht mit jener zu verwechseln, welche dahin ging, daß beim „untauglichen Versuch" Untauglichkeit von vornherein, vom Anfang der Handlung an bestehe, während beim gewöhnlichen Versuch diese Untauglichkeit erst im Verlauf der Handlung eintrete. Gegen die Richtigkeit dieser Konstruktion ist schon von anderer Seite mit Recht hervorgehoben worden, daß jene Faktoren, die zur Nichtvollendung notwendig wären, jedenfalls stets von vornherein gegeben gewesen seien.

Zuzugeben ist, daß die Unterscheidung vollkommen unlogisch und mit der obigen Lammaschs, die nicht auf bestimmte Zeitpunkte sieht, nicht vergleichbar ist; vielleicht würde sie aber in der Abstraktion doch als halt-

Digitized by Google

Lammaschs Ansicht scheint nun aber nicht allen Fällen gerecht werden zu können[1]) und verliert, abgesehen vom eben hervorgehobenen Umstand, ganz wesentlich an Gewicht, sobald wir in Betracht ziehen, daß sie eine lediglich formelle Differenzierung aufstellt und verteidigt, eine Differenzierung, die weder in der Frage der absoluten, noch in jener der relativen Strafbarkeit dem untauglichen Versuch eine vom tauglichen verschiedene Stellung einräumen soll.[2]) Unter diesen Umständen aber möchten wir v. Buris Deduktionen den unbedingten Vorzug geben, da diese auf einem weniger gesuchten, weniger gekünstelten Weg tatsächlich zu demselben Resultat führen, zu den Grundsätzen, welche auch eine extrem subjektive Theorie akzeptieren kann, nämlich:

---

bar erscheinen können; unhaltbar ist jedoch deren Umkehrung bei Lammasch, Moment obj. Gef. S. 9ff., wo jenen Autoren die Ansicht untergeschoben wird, daß die Unmöglichkeit beim objektiv gefährlichen Versuch „mit dem Beginne der Handlung gleichzeitig entstanden", beim objektiv ungefährlichen Versuch „eine erst nachher hinzukommende" sei.

[1]) Man entscheide danach z. B. den Fall, in welchem „ein Dietrich nicht zum Schloß paßt". Liegt das am Dietrich oder am Schloß?

M. E. ist dieser Fall nicht zu entscheiden, denn hat der Täter z. B. den Dietrich zu groß fabriziert, so hat er sich jedesmal über seine eigene Tätigkeit und über die äußern Umstände (Dimension des Schlosses) geirrt.

Darauf kann es doch nicht ankommen, in welchem Punkte das Denken des Täters von der richtigen Bahn abweicht, so daß z. B.

bei a): der Täter weiß die Dimensionen des Schlosses, er glaubt aber tatsächlich den Dietrich kleiner zu fabrizieren als er ihn in Wirklichkeit macht: untauglicher Versuch gegeben wäre, weil Irrtum über die eigene Handlung vorliegt;

bei b): der Täter hat falsche Dimensionen des Schlosses im Kopfe, fabriziert also diesen Dimensionen gemäß den Dietrich richtig, tatsächlich aber falsch: tauglicher Versuch gegeben wäre, weil hier Irrtum über äußere Umstände feststellbar ist.

Eine solche Unterscheidung wäre zum mindesten willkürlich und könnte oft geradezu umgekehrt werden.

So ist Fall a) kaum denkbar, ohne daß sich der Täter zugleich während der Ausführung des Dietrichs über die Dimensionen des Schlosses irrt;

irrt sich dagegen bei b) der Täter nicht auch über seine eigene Tätigkeit, da er doch glaubt, daß der Dietrich zum richtigen Schloß passen wird?

[2]) Darüber vgl. Lammasch, Moment obj. Gef. S. 64, 76 und unseren Text S. 147 a. E. und S. 162.

Digitized by Google

Jeder Versuch ist strafbar und jeder Versuch ist untauglich.[1])

III. Nachdem nunmehr im obigen die Grundlagen einer rein subjektiven Theorie etwas näher präzisiert worden sind, wird es unsere Aufgabe sein, den **Konsequenzen** einer solchen Ansicht im folgenden unsere besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Rufen wir uns den Umstand ins Gedächtnis zurück, daß der Wille und zwar der Wille allein als ausschlaggebendes Kriterium des extremen Subjektivismus aufgefaßt werden muß, so werden sich besagte Konsequenzen ohne Mühe in den Satz

---

[1]) Demgemäß gilt auch für Lammasch der Satz: „Jeder Versuch ist strafbar".

U. E. liegt aber in Lammaschs Theorie auch der Grundsatz verborgen: „Jeder Versuch ist untauglich".

Wie kann dann aber der betreffende Autor noch von tauglichem und untauglichem Versuch sprechen?

Der obige Grundsatz und diese letztere Lammaschsche Differenzierung schließen sich gegenseitig nicht aus. Lammasch macht eben die Scheidung in tauglichen und untauglichen Versuch nicht im alten Sinne, d. h. zur unmittelbaren Lösung der Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, sondern die betreffende Scheidung ist bezüglich dieser Frage vollkommen belanglos. Es ist also nicht ganz richtig, wenn wir hier im Text Lammasch in Gegensatz zu v. Buri gestellt haben. Im Gegenteil würde es sich fragen, ob nicht auch bei v. Buris Theorie eine solche Differenzierung möglich wäre; denn eine solche Möglichkeit, innerhalb des einheitlichen untauglichen Versuchs noch verschieden geartete Unterabteilungen (nach Lammasch eben: tauglicher und untauglicher Versuch) zu unterscheiden, könnte vielleicht doch gefunden werden. Die Frage wollen wir hier nicht entscheiden. Nur so viel sei bemerkt: Eine solche Differenz, für welche der Klarheit halber eine neue Terminologie eingeführt werden müßte, ist vollkommen belanglos. Rein theoretisch betrachtet wäre aber eine Klärung dieses Zweifelspunktes vom subjektiven Standpunkt aus nicht von vornherein abzuweisen. Nicht aus dem Auge verloren werden darf aber der Umstand, daß bei der Entscheidung der Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs lediglich der Satz: „jeder Versuch ist untauglich" Geltung haben kann, daß eine Scheidung des Versuchs in tauglichen und untauglichen (in Lammaschs Sinn) dafür von keinerlei Bedeutung wäre; die Kontroverse ist lediglich aus den Prinzipien der Versuchsstrafbarkeit im allgemeinen zu entscheiden.

Vgl. dazu unsere Ausführungen zu Lammaschs Theorie S. 140, 141 und S. 144, 145.

Digitized by Google

zusammenfassen lassen: „Jeder rechtswidrige Wille zieht eo ipso die Strafe als Reaktion der Rechtsordnung nach sich."

Daß dieser Standpunkt seine großen Fehler hat, soll nicht bestritten werden, dies wird vielmehr unseren weiteren Ausführungen mit voller Klarheit und Deutlichkeit entnommen werden können. Immerhin ist aber der gegen den Subjektivismus oft vorgebrachte Einwand, dieser lasse die Grundsätze „nulla poena" resp. „nullum crimen sine lege"[1]) und „cogitationis poenam nemo patitur" unbeachtet,[2]) ja er negiere diese Sätze, als falsch zurückzuweisen. Es kann kaum zweifelhaft gewesen sein, daß selbst der strengste Subjektivist nur denjenigen Willen strafen werde, der sich auf einen Erfolg gerichtet, welcher in irgend einem gesetzlichen Tatbestand als strafbar bestimmt worden ist. In diesem Umstand wiederum liegt aber nicht etwa das Postulat einer Objektivierung des Willens, im Sinne von v. Buri, da dieser extrem subjektiven Theorie gemäß auch durch bloßes Geständnis, ja durch irgendwelche andere Momente das Dasein des strafrechtlich relevanten Willens demnach aber auch dessen Strafbarkeit festgestellt werden kann. Wird also auf eine etwaige Vergegenständlichung auch keinerlei Rücksicht genommen, so kann man immerhin nicht behaupten, daß der Wille und nicht das Gesetz die strafbaren Tatbestände bestimme, mit andern Worten: daß Moral und Recht zusammenfließen.

Bezüglich des weiteren Einwandes, betreffs der Bestrafung der cogitatio, braucht aber nur darauf hingewiesen zu werden, daß cogitatio und voluntas nicht ein und dasselbe sind, um dessen Hinfälligkeit genügend charakterisiert zu haben.

Steht aber demnach fest, daß solche Einwände selbst dem reinen Subjektivismus gegenüber nicht standhalten können, wie

---

[1]) So z. B. Frank a. a. O. § 43 S. 54 II; Geyer in Z. I S. 52; dagegen: vgl. Gallet a. a. O. S. 359, der als strenger Subjektivist doch den Grundsatz aufrecht erhält.

[2]) So unter A. A. Geyer, vgl. bei Rubo, G.S. 1865 S. 11, jedoch nicht nur speziell gegen die Subjektivisten; neuerdings wieder: Köhler S. 51. Dagegen: selbst der Objektivist Rubo, G.S. 1865 S. 11; vgl. hierüber auch Goldfeld a. a. O. S. 29, 30.

Digitized by Google

viel weniger würde v. Buris Theorie, wie viel weniger würden andere Theorien, welche den objektivierten Willen zum maßgebenden Kriterium der Strafbarkeit erwählt haben, von ihnen betroffen werden. —

In sehr einfacher und einheitlicher Weise ließe sich weiterhin die **Regelung der relativen Strafbarkeit des Versuchs** einer extrem subjektiven Theorie gemäß vornehmen; denn ist der strafrechtlich relevante Wille erst einmal festgestellt, so tritt eo ipso die Strafe und zwar — dies sei vorweggenommen — die Strafe des vollendeten Verbrechens ein, ist es doch unsres Erachtens unmöglich, casu dato zwischen Vollendung und Versuch einen Unterschied bezüglich des Strafmaßes zu machen.

Allerdings ließe sich eine Abstufung der Strafe nach der Stärke des Willens wohl denken und vielleicht auch verteidigen. Gleiche Strafe träfe dann jedesmal gleichen Willen. Unseres Erachtens ist aber die Forderung einer Abstufung des Strafmaßes nach der Stärke des strafrechtlich relevanten Willens infolge der damit verbundenen Schwierigkeiten für die Feststellung eben dieser Stärke einem praktischen Vorschlage nicht einzuverleiben.

Zur Abweisung einer solchen Regelung kann allerdings der Umstand allein nicht ausschlaggebend sein, daß dadurch die alte Einteilung der strafbaren Handlung in Unternehmen, Vorbereitung, Versuch und Vollendung hinfällig würde; dieser Umstand kann umsoweniger ausschlaggebend sein, als eine solche Unterscheidung doch eine rein objektive ist. Daß aber das Strafmaß nicht eben genannter altgewohnten Einteilung gemäß sich abstufen würde, geht schon daraus hervor, daß z. B. der Versuch in seiner verbrecherischen Willensintensität nicht schwächer zu sein braucht als die Vollendung, richtet sich doch der Vorsatz stets auf die Verwirklichung des Erfolges;[1]) im Gegenteil: der Versuch kann unter Umständen sogar einen viel antisozialeren Willen aufweisen als das vollendete Verbrechen. Würden wir demgemäß den Willen in seinen verschiedenen Stärkegraden

[1]) Vgl. Gallet a. a. O. Nr. 141 S. 336, vgl. v. Buri, G.S. 1880 XXXII S. 371. Darüber eingehender weiter unten.

Digitized by Google

als ausschlaggebend betrachten, so müßten wir manchmal die Vollendung oder den beendeten Versuch milder als den unbeendeten bestrafen.

Ganz abgesehen davon, daß wir also besagte alte Einteilung fallen lassen müßten, ganz abgesehen davon, daß demgemäß die Bestimmung der relativen Strafbarkeit nach unserer Theorie sich mit der Festsetzung dieser nach den bisherigen Gepflogenheiten willkürlich kreuzen würde, ganz abgesehen hiervon treten andere von unserem Standpunkt aus erst triftig zu nennende Gründe gegen die Annahme der Willensenergie als Abstufungsmodus auf. Diese Gründe aber konzentrieren sich in der Frage: „Wie wäre denn die verschiedene Stärke des Willens zu beweisen?“

Ex foro interno allein können wir weder das Dasein des Willens noch dessen Stärke bestimmen; von der subjektiven Seite aus folgernd, den Willen an und für sich betrachtend, würden wir zu keinerlei Ergebnis gelangen können. Denn wie soll die Stärke, die Energie des Willens aus dem Willen selbst festgestellt werden? Wie soll — hier kommen wir auf die alte Einteilung der strafbaren Handlung zurück — etwa der Schluß möglich sein: „Weil der Wille hier schwächer ist, ist Versuch oder gar Vorbereitung gegeben?“

Es muß also — anderes bleibt nicht übrig — doch wieder auf die Handlung zurückgegriffen werden; und von der objektiven Seite aus folgernd könnte dann auch auf die mutmaßliche Stärke des Willens geschlossen werden, etwa in dem Sinn: „Es ist Versuch gegeben, demgemäß ist vielleicht der Wille schwächer gewesen als bei vollendetem Verbrechen.“ Durchbricht aber eine solche Schlußfolgerung nicht alle subjektivistischen Prinzipien?

Wir kämen ja damit doch wieder darauf hinaus, zu sagen: je nach der Nähe der Handlung zum Erfolg, zur Vollendung, also je nachdem die Handlung näher zur Vollendung gelangt oder noch weit von dieser entfernt stehen geblieben ist,[1]) ist

---

[1]) Eine solche Unterscheidung mag unlogisch sein, tatsächlich klärt sie manchen Punkt auf und wird auch vielfach angewendet. Wir kommen weiter

Digitized by Google

die Abstufung der Strafe festzusetzen. Damit dürfte aber erwiesen sein, daß für eine auf rein subjektiven Momenten beruhende Regelung der relativen Strafbarkeit keine Möglichkeit besteht.

Es wäre sicherlich für den Subjektivismus belanglos, daß bei einer Abstufung nach der Stärke des Willens die alte Scheidung in Unternehmen, Vorbereitung, Versuch und Vollendung fallen gelassen werden müßte; verwerflich aber wäre die Konsequenz, daß wir uns mangels sicherer, von subjektiver Seite aus möglicher Feststellung der verschiedenen Willensenergie lediglich auf das Dasein des Willens stützen könnten und daher jede strafbare Handlung mit der Vollendungsstrafe belegen müßten, mag sie tatsächlich das Stadium der Vollendung erreicht haben, mag sie im Versuchs- oder Vorbereitungsstadium stehen geblieben sein. Alle diese Folgen sind aber als Ausfluß des einen Prinzips anzusehen, nämlich: Jeder antisoziale Wille, jeder Versuch der extrem subjektiven Theorie ist als strafbar zu betrachten.

Welche Strafe soll nun aber den untauglichen Versuch treffen? Über die Antwort kann keinen Augenblick ein Zweifel bestanden haben: die Strafe des vollendeten Verbrechens. Wir haben ja festgestellt, daß zwischen „gewöhnlichem" und „untauglichem" Versuch nach manchen Autoren kein, nach andern nur in Beziehung auf den Irrtum ein Unterschied besteht, daß also der untaugliche Versuch im engern Sinne sich objektiv durch nichts, was der Logik standhält, vom gewöhnlichen Versuch unterscheidet; daß beide Versuchsarten einheitlich zusammenfallen unter den Begriff des untauglichen Versuchs im weitern Sinne. Ist nun nach der ersteren Ansicht nicht möglich, auf Grund subjektiver Kriterien von vornherein von verschiedener Strafbarkeit zu reden,[1]) so berechtigt

---

unten S. 217ff. nochmals darauf zurück, deshalb sei an diesem Orte nicht weiter darauf eingegangen.

[1]) Allerdings stuft ja v. Buri die Strafbarkeit beim Versuch verschieden ab. Doch sollte aus obigem klar geworden sein, daß auf lediglich subjektiven Kriterien fußend, eine solche Abstufung nicht möglich ist. Das Nähere über v. Buris Ansicht vgl. weiter unten § 10 II S. 212ff.

Digitized by Google

uns, auch das subjektive Unterscheidungsmerkmal Lammaschs, der verschiedene Irrtum, nicht zu verschiedener Strafausmessung. Trifft daher den gewöhnlichen Versuch die für die Vollendung ausgesetzte Strafe, so kann auch den untauglichen Versuch im engern Sinne keine andere Bestrafung treffen. Daher ist z. B. das Totbeten als versuchter Mord mit dem Tode als Vollendungsstrafe zu belegen, denn daß ein Wille hier gegeben sei, kann nicht bestritten werden, gegen die weitern Einschränkungsversuche, die mit Bezug auf die Zurechnungsfähigkeit etc. schon oft genug gemacht worden sind, haben wir aber schon oben entschiedenen Protest eingelegt.[1])

Auf den ersten Blick hin müßte nunmehr auch das **Putativ-Delikt** nach dieser Theorie bestraft werden. Wir glauben jedoch für dieses die Straflosigkeit nicht negieren zu können, möchten aber die nähere Besprechung dieser Frage — da die Annahme eines objektivierten Willens im Gegensatz zum reinen Willen keine Änderung in den Schlußfolgerungen hervorruft — auf den folgenden Paragraphen versparen.[2])

Keinen Einfluß könnte unseres Erachtens bei einer streng subjektiven Theorie der **Rücktritt** ausüben. Ist einmal der Wille kundgegeben, so ist auch der Inhaber des Willens der Strafe verfallen, mag er nachher diesen Willen negieren oder nicht. Die Versuchsstrafe hingegen als nur unter der Bedingung ausgesetzt betrachten, daß der Täter nicht zurücktrete, kann unseres Erachtens nicht richtig sein.[3])

IV. Die wesentlichen Konsequenzen des ganz strengen subjektiven Standpunktes wären im obigen kurz betrachtet worden und es sollte daraus klar geworden sein, daß diese Theorie für eine praktische Regelung nicht passen würde. Zwei Punkte sind es vornehmlich, welche deren Unhaltbarkeit be-

---

[1]) Vgl. unsere Ausführungen oben S. 175 ff., speziell auch S. 183, sowie die Anm. 1 S. 183 ff. und Anm. 1 S. 185 f.

[2]) Vgl. den folgenden § 10 V S. 229 ff.

[3]) Die zurückgewiesene Ansicht vertritt Lammasch a. a. O. S. 68 ff.; der gleichen Ansicht scheint auch Horn, Z. XX S. 307 ff. zu sein. Auch Gallet hätten wir hierzu gezählt (vgl. a. a. O. S. 299 ff.), wenn nicht die Stelle S. 335, 336 dagegen zu sprechen schiene.

Digitized by Google

sonders grell beleuchten, einmal die Lösung der Frage nach der relativen Strafbarkeit und dann der Umfang des strafbaren Versuchs überhaupt.

Werden Vorbereitung, Versuch und Vollendung, sei es stets, sei es der Regel nach, gleich hoch bestraft, so entspricht dies, wie wir gesehen, einer strikt subjektiven Theorie vollkommen, die öffentliche Meinung würde jedoch ein solches Gesetz sicherlich nicht begreifen und nicht gutheißen können. »L'histoire, qui est la vérité par les faits est rarement favorable aux constructions scientifiques« sagt Saleilles[1]) mit vollem Recht und er würde uns daher auch in der Ansicht wahrscheinlich zustimmen, daß eine solche rein wissenschaftliche Konstruktion, welche von jedem Anpassungsvermögen an die Erfordernisse des Lebens, zwar nicht mit Bezug auf den Umfang der Strafbarkeit, denn dieser ist möglichst weit gefaßt, sodaß alle Fälle gebührend beachtet werden können, aber doch mit Rücksicht auf die Höhe der Strafe des Versuchs, absieht, als Gesetz kaum von langer Dauer sein könnte. Die ethischen Werturteile des Volkes sind nun einmal ganz andere, feststehende, handelt es sich das eine Mal um die Vollendung, ein anderes Mal um den Versuch eines und desselben Deliktes.[2])

Es würde dem Volke sicher nicht einleuchten, daß sowohl der Mörder als auch derjenige, der nur einen Mordversuch begangen, mit dem Tode bestraft werden sollten. Noch viel weniger würde es aber von der Allgemeinheit begriffen und ruhig hingenommen werden, wenn wir denjenigen hinrichten wollten, der einen anderen „totzubeten" versuchte. Eine solche Konsequenz wäre aber — wie gezeigt — für den extremen Subjektivismus unabweisbar und obschon das Prinzip, welches diesen Konsequenzen zugrunde liegt, im großen und ganzen die nötige Präventionswirkung enthalten würde, hat ein solches Prinzip doch nur so lange eine Berechtigung angewendet zu werden, als sich nicht der Gesetzgeber dadurch lächerlich macht, oder gar Schaden angestiftet würde.

---

[1]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 19.

[2]) Näheres hierüber vgl. im folgenden § 10 II S. 211 ff.

Digitized by Google

Aber auch der Umfang des strafbaren Versuchs ist, wie ersichtlich sein dürfte, ein zu großer, es muß daher ein anderer, brauchbarer Weg gefunden werden, zugleich mit diesem aber eine Theorie, welche anderen Kriterien die maßgebende Stellung einräumt, mögen diese Kriterien aus dem Rechte selbst, etwa durch einen Wechsel in der Grundlage, hervorgehen, mögen sie positivrechtlich besonders zu normieren sein.

Im folgenden wird es sich aber nicht um eine Einschränkung der bisher festgestellten Konsequenzen handeln, nicht um eine Einschränkung der darin liegenden Strafbarkeit, sondern um einen Wechsel in der Grundlage, im Ausgangspunkte der ganzen Theorie. Diese Tatsache geht aber aus folgenden Erwägungen hervor: Bis hierher haben wir die Basis unserer Deduktionen, welche wir im reinen Willen angenommen, ohne weiteres als richtig angesehen, um einem Ausblick auf eine rein subjektive Theorie nicht ab initio die Berechtigung zu entziehen. Hier angelangt ist es aber am Platze, auch die Frage in Betracht zu ziehen, ob überhaupt eine Möglichkeit besteht, „Versuch gleich Wille“ aufzufassen. Die Richtigkeit einer solchen Annahme muß aber sofort verneint werden. Weitere Worte darüber zu verlieren kann kaum nötig sein; man lege sich nur die Frage vor, ob jemand, der den Willen gefaßt hat, einen andern zu töten, etwa versucht habe, diesen zu töten, und ohne Mühe wird man die richtige verneinende Antwort finden. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch mag es allerdings oft vorkommen, daß die Bezeichnungen „wollen“ und „versuchen“ promiscue gebraucht werden, jedenfalls ist aber der juristische Begriff „Versuch“ durch das Wollen allein nicht erschöpft.[1])

Die kurzen Bemerkungen dieses Paragraphen sollten hiermit zur Genüge erwiesen haben, daß die streng subjektive Theorie praktisch undurchführbar, theoretisch aber falsch ist, obschon die Basis, den Willen — allerdings dürfte es nicht mehr der reine Wille sein — als Kriterium

---

[1]) Vgl. dazu schon unsere Ausführungen zu Lammasch oben S. 146ff.

Digitized by Google

der Strafbarkeit des Versuchs aufzufassen, doch als richtig zu betrachten ist.

Das Ziel der Erörterungen dieses Teiles muß demgemäß sein, eine Theorie zu finden, welche allen gestellten Anforderungen gerecht zu werden vermag. Dies jedoch ist nur auf dem Wege eines Kompromisses zu erreichen möglich, nachdem sowohl die einseitig objektive als die rein subjektive Theorie in ihrer vollen Unzulänglichkeit sich offenbart haben.

§ 10. Gesetzgeberischer Ausgleich zwischen den verschiedenen Theorien.

Soll ein für die Praxis brauchbarer Vorschlag betreffend der Regelung der Kontroverse über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gemacht werden, so muß das nächste Ziel unserer Bemühungen darin bestehen, eine theoretische Basis zu finden, durch welche jene Momente, die uns der eben erledigte Paragraph als unhaltbar erwiesen, ausgeschieden oder abgeändert werden. Der neuen Grundlage gemäß müßten also die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen und jene des untauglichen Versuchs in dem weiten Umfang, wie sie uns soeben entgegengetreten, eine Abänderung erfahren, außerdem wäre aber auch eine Begründung nötig für eine eventuelle Unterscheidung zwischen Versuchs- und Vollendungsstrafe bezüglich ihrer relativen Höhe.

Haben wir eine Grundlage gefunden, welche diesen Anforderungen Genüge leistet, haben wir demgemäß die schädlichen Folgen der im vorhergehenden Paragraphen betrachteten Theorie glücklich vermieden, so hätten wir zugleich jene Lehre entdeckt, welche den praktischen Postulaten genügend Rechnung tragen würde. Eine solche Lehre aber kann — daran sollten die bisherigen Ausführungen keinen Zweifel übrig gelassen haben — nur eine subjektiv-objektive sein.

Trotzdem halten wir aber am Willen — natürlich nicht am reinen Willen — als maßgebendes Kriterium der Versuchsstrafbarkeit, als Grundlage unserer Theorie fest, folgen also jener Richtung, welche man ungenau die subjektive nennt.

Digitized by Google

Könnte man aber ein solches Ergebnis, wie es uns vorschwebt, nicht leichter durch eine objektive Theorie erreichen? Wäre es nicht zweckmäßiger, einer solchen zu folgen? Warum gerade von einem subjektiven Standpunkt ausgehen und nicht vom objektiven, kann man doch auf beiden Wegen zu dem gleichen Resultat gelangen?

Sollten diese Fragen an uns gestellt werden — und sie sind tatsächlich gestellt worden —, so könnten wir allerdings auf früher schon Gesagtes verweisen. Immerhin wollen wir aber der Deutlichkeit halber nochmals wiederholen, daß wir deshalb den subjektiven Standpunkt vertreten, weil er der einzige mit der Logik vereinbare ist. Während wir bei diesem eine logisch unanfechtbare Grundlage für die Strafbarkeit des Versuchs haben, muß sich die objektive Theorie schon gleich von Anfang an verleugnen, will sie den Versuch überhaupt strafen. Es ist ja richtig, daß man es dazu bringen kann, daß beide Theorien im Endergebnis übereinstimmen, ja das ist eigentlich mit einigen Schwankungen heute schon der Fall, denn die verschiedenen Theorien weichen mehr in der Grundlage als in den Konsequenzen von einander ab; der zuletzt angegebene Grund in Verbindung mit allen schon in früheren Paragraphen hervorgehobenen weiteren Gründen[1]) sollte aber klar genug jene Motive vor Augen geführt haben, welche uns zum Gegner des Objektivismus gemacht haben.

Die von uns nunmehr einzuführenden Kriterien sind meistens alte Bekannte, deren Ursprung anzugeben wir nicht verfehlen werden, nur wird eine besondere Vergleichung zwischen dem rein subjektiven und subjektiv-objektiven Standpunkt, den wir einnehmen, wegen des von selbst plausiblen Unterschiedes nicht als nötig erachtet werden müssen. Es kann daher unsere persönliche Ansicht ohne Berücksichtigung anderer Theorien nunmehr einheitlich und zusammenhängend dargestellt werden.

I. Die Mittellinie zwischen einem streng subjektiven und einem streng objektiven Standpunkt ist unseres Erachtens sachgemäß beachtet, wenn wir als maßgebendes Moment für die

[1]) Vgl. oben § 7 I S. 138ff.; § 8 S. 168ff.

Digitized by Google

Bestimmung des Daseins und der Strafbarkeit eines Versuchs eine **Objektivierung des Willens** im Sinne von v. Buri verlangen.[1]) Erst dann ist demnach ein strafrechtlich relevanter Wille gegeben, wenn sich dieser aus der objektiven Vorliegenheit als solcher erkennen läßt, wenn man ihn aus den objektiven Tatsachen als einen auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichteten feststellen kann. Denn das Geständnis allein kann den Willen nicht genügend erweisen, ist nicht eine Objektivierung daneben gegeben, welche das erstere unterstützt. Dieses Postulat der Objektivierung aber möchten wir, dies wurde schon oben bemerkt,[2]) nicht so eng fassen, als es v. Buri tut; denn auch dann nehmen wir einen genügend objektivierten Willen als gegeben an, wenn dieser aus dem Geständnis hervorgeht, zu diesem Geständnis aber noch eine gewisse Vergegenständlichung, mag diese noch so schwach sein, hinzukommt, durch welche das erstere unterstützt wird. Es ist also nicht nötig, daß aus der Objektivierung allein die bestimmte Richtung des Willens klargelegt würde und nur dann ist keine genügende Objektivierung vorhanden, wenn das Geständnis allein[3]) oder ein Geständnis vorliegt, dem die Objektivierung widerspricht.

Was ist demnach „Versuch"? Unsere Antwort lautet und kann nur lauten: „objektivierter Wille" oder mit andern Worten: Versuch ist dann gegeben, wenn aus den objektiv vorliegenden Momenten hervorgeht, daß der Täter einen bestimmten in irgend einem gesetzlichen Tatbestand normierten rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollte. Dieser Wille muß naturgemäß ein ernstlicher sein und ist dann gegeben, wenn der Täter sich den Erfolg als möglich oder notwendig vorgestellt und den Entschluß gefaßt hat, diesen Erfolg in Wirklichkeit umzusetzen.[4]) Nicht aber braucht der Wille ein unwider-

---

[1]) Vgl. z. B. v. Buri, G.S. 1867 S. 62; vgl. auch unsere Ausführungen oben S. 175ff. und die dazu gehörigen Bemerkungen. Vgl. außerdem auch Haelschner, Lehrbuch S. 353; Gallet a. a. O. S. 273 a. E.

[2]) Vgl. unsere Ausführungen zu v. Buri oben S. 179 a. E., 182, dazu Anm. 1. S. 182.

[3]) Vgl. hierzu Osenbrüggen S. 35.

[4]) So neuerdings: Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 463, 464, These S. 480.

Digitized by Google

ruflicher zu sein oder mit andern Worten in dem Sinne „ernstlich", daß aus dessen Objektivierung hervorgehen sollte, der Täter werde nicht zurücktreten. Meines Erachtens kann eben — wie schon mehrmals betont — dieses Rücktrittsmoment ex ante nicht berücksichtigt werden; mit Präsumtionen des Nichtrücktritts zu operieren, halten wir für unangebracht.

Daß gemäß unserer Ansicht das Moment des „Anfangs der Ausführung", das man in den meisten gesetzlichen Versuchsbestimmungen findet, ausgeschaltet werden müßte, braucht keiner weiteren Hervorhebung.[1]) Der „Anfang der Ausführung" ist ein objektives Kriterium und paßt deshalb nicht zu einer subjektiven Versuchsnormierung. Daß aber der „objektivierte Wille" nicht viel anderes bedeutet, als jenes altgewohnte Versuchsmerkmal, wird auf den ersten Blick hin schon einleuchten.[2]) Der Ausdruck „Anfang der Ausführung" soll, das ist schon von vielen Autoren hervorgehoben worden, nicht eine Versuchsdefinition, sondern lediglich die Grenze gegenüber der straflosen Vorbereitungshandlung geben, also die Grenze der Strafbarkeit nach oben hin bestimmen.[3]) Daß diese Grenze durch die Einführung des „objektivierten Willens" gegenüber früher etwas verschoben wird, daß wir das Versuchsgebiet etwas weiter fassen und das Gebiet der Strafbarkeit dadurch, daß einige bis jetzt als Vorbereitungshandlungen straflos gebliebene verbrecherische Tätigkeiten nun als Versuch strafbar würden, etwas vergrößern, kann unseres Erachtens kein Grund sein, um die subjektive Theorie abzuweisen; ist doch manchmal in der Vorbereitungshandlung schon die ganze Verworfenheit des Täters klar und deutlich zu Tage getreten. Wir können nicht ein-

---

[1]) Neuerdings dafür: Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 463, vgl. auch Teil III § 1 i. d. entspr. Anm.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 22, 23.

[3]) Vgl. z. B. Saleilles a. a. O. S. 28; Gautier in Z.S.S.R. 1894 Bd. 7 S. 110; Eisenmann in Z. XIII 1893 S. 481; Haelschner, Lehrbuch S. 337. Vgl. Olshausen a. a. O. S. 141 und die dort Zitierten; Klee a. a. O.; Meyer, Anfang der Ausführung S. 5 und die dort angeführte Literatur; Havenstein S. 43, 44; Hagemann S. 224. Neuerdings betonen dies wieder: Berolzheimer S. 381; Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 462; Harburger ebda. S. 489.

Digitized by Google

sehen, warum eine bisherige Vorbereitungshandlung, aus der der Wille als ernstlicher, auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichteter, also als objektivierter — solche Handlungen gibt es doch sicherlich[1]) — unbestreitbar hervorgeht, nicht bestraft werden sollte. Im wesentlichen wird das Strafbarkeitsgebiet auch nach unserer Theorie, was den gewöhnlichen Versuch anbetrifft, das gleiche bleiben, wie wenn man am Anfang der Ausführung festhält; auch hier wird meist die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen die Folge sein, da diese oft den Willen nicht als einen in unserm Sinne „objektivierten" aufweisen werden.[2]) Ist jedoch der Wille als „objektivierter" zu erkennen, so wird er immer auch ein ernstlicher sein.[3])

Durch unsere Theorie wird aber endlich ein festes Kriterium in den Versuchsbegriff eingeführt, denn, daß bis heute nicht entschieden werden konnte, was eigentlich unter „Anfang der Ausführung" zu verstehen ist, daß heute allgemein anerkannt wird, daß dieses Kriterium nicht imstande ist, eine feste Grenze zwischen Versuchs- und Vorbereitungshandlung ziehen zu lassen,[4]) daß deshalb von einer großen Anzahl von Schrift-

---

[1]) Gleicher Ansicht Haelschner, Lehrbuch S. 338; A. A.: Berner, Lehrbuch S. 141 „denn einerseits liegt zwischen dem Willen, der noch bei den bloßen Vorbereitungen steht, und demjenigen Willen, der sich in der Ausführung der Tat offenbart eine gar nicht auszumessende Kluft" (also ganz allgemein!).

[2]) So z. B. auch v. Buri in G.A. Bd. XXV 1877 S. 273 (nicht allgemein!). Vgl. auch Havenstein S. 61.

[3]) U. E. ist aber „ernstlicher Wille" ein Pleonasmus, „nicht ernstlicher Wille" eine contradictio in terminis.

[4]) Dies wird ausdrücklich hervorgehoben von: Thiry a. a. O. S. 306, Abs. 3; Klee a. a. O. S. 22.; v. Buri, G.S. 1867 S. 70 und in andern Schriften; Gautier in Verhandlungen Bd. I S. 91, 92; Motive z. schweiz. Entwurf von 1893 S. 28, 29; Eisenmann a. a. O. §§ 9 und 10, speziell S. 479, 485; Haelschner, Lehrbuch S. 338ff, worin genauer die verschiedenen Abgrenzungsversuche zwischen Versuchs- und Vorbereitungshandlung notiert sind; Picot a. a. O. S. 113; Stooß, Grundzüge S. 214; Ferri, Il progetto 706. Vgl. hierüber auch die bei Meyer, Anfang der Ausführung S. 6 Anm. 2 zitierten Autoren. Weitere Ansichten siehe ebenda in den Anmerkungen auf S. 7 u. 8.

Die bisherigen Versuche einer begrifflichen Bestimmung der Worte „Anfang der Ausführung" sind angeführt bei: Meyer, Anfang d. Ausf. II S. 8—21, (vgl.

Digitized by Google

stellern diese Versuchsbestimmung verworfen, von anderen aber wieder durch ein anderes, bisher unbekanntes Kriterium, das Problem zu lösen gesucht wird,[1]) dies alles kann nicht gerade für die alte Normierung und Einteilung erwärmen; im Gegenteil unterstützt es den Schritt der Subjektivisten, die Unterscheidung zwischen Ausführungs- und Vorbereitungshandlung fallen zu lassen und nur noch einen Versuch anzuerkennen, der dann gegeben ist, wenn der Wille sich erkennbar „objektiviert" hat.

Im Grunde genommen hätten wir aber selbst gegen eine Versuchsbestimmung, welche am „Anfang der Ausführung" festhält, nichts einzuwenden. Wir können darin nur eine Grenzbestimmung sehen und würde in einer subjektiven Theorie dieser „Anfang der Ausführung" beibehalten, jedoch mit der klaren Motivierung, daß er lediglich als Grenze der Strafbarkeit

---

auch Rosenblatt, „Zur Lehre von der straflosen Vorbereitungshandlung und dem strafbaren Versuch." Goltdammers Archiv für Strafrecht Bd. XXXVI S. 67ff. spez. S. 70—73): Meyers persönliche Meinung siehe S. 26. — Neuerdings wird die Unzulänglichkeit des Begriffes betont von Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 462. (Vgl. auch Cohn, Jurist. Wochenschrift XXXII. Jahrg. S. 288.)

1) Vgl. Bauke §§ 3 und 4. Bauke will nicht den „Anfang der Ausführung", sondern „das Schwerste der Ausführung" als maßgebendes Kriterium aufgefaßt wissen. Daß dadurch, trotz der Zuversichtlichkeit des Verfassers, nichts gewonnen ist, dürfte jedem Leser der Arbeit einleuchten. Daß keine feste Scheidung möglich ist, gibt Bauke selbst zu (238). Wann ist nun „das Schwerste der Ausführung" gegeben? — „Der Täter muß schon so viel getan haben, daß niemand daran zweifelt, er würde auch das Verbrechen vollendet haben, m. a. W.: es muß das zur Vollendung Erforderliche im Verhältnis zum Vollbrachten als minder schwierig erscheinen", gibt Bauke zur Antwort (231).

Zunächst könnte man glauben, daß dieses Schwerste rein objektiv, körperlich gemeint ist, daß also der Täter, der einen ihm entgegenstehenden Eisenstab durchsägt hat, das Schwerste der Ausführung getan hat, wenn nun nur noch Holzwände zu durchsägen sind. S. 234 hebt aber der Verfasser richtig hervor, daß bei manchen Tätern der Entschluß das Schwerste sein kann.

Das Resultat ist also, daß der Richter nun sowohl ein objektives als ein subjektives Moment am Täter berücksichtigen muß, daß er also bei der Verschwommenheit des „Schwersten" bei jeder Tat sich vor ein viel schwierigeres Problem gestellt sieht als mit dem „Anfang der Ausführung". —

Näher auf besagte Schrift einzugehen, erlaubt uns der Rahmen der Arbeit nicht.

Digitized by Google

nach oben zu betrachten sei und nicht etwa als objektives Moment des Versuchsbegriffes an und für sich[1]) oder als Prämisse zu einer Schlußfolgerung, die dahin ginge, daß das betreffende Gesetzbuch den Versuch objektiv bestimme, so könnten auch wir gegen eine solche Regelung nichts einwenden. Da aber eine solche Maßnahme kaum möglich ist, müssen wir unbeirrt am „objektivierten Willen" festhalten.[2]) Daß jedoch selbst die subjektive Theorie in dieser Objektivierung beim Versuch eine gewisse „Vollendung", in gewissem Sinne einen Erfolg verlangt, sollte noch deutlicher erweisen, daß die zwei Standpunkte nicht allzusehr voneinander entfernt sind.

II. Kann also streng genommen bei einer subjektiven Theorie von einer Unterscheidung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung nicht die Rede sein, so ist es dabei überdies unangebracht, von **Graden des Versuchs,** ja überhaupt von einer **relativen Strafbarkeit** zu sprechen. Die bisherige Terminologie bei Klarlegung dieses Gebietes beizubehalten, ist man allerdings durch deren Allgemeingebrauch gezwungen, inwiefern jedoch sachlich eine Berechtigung zur Scheidung vorliegt, dies soll im folgenden näher untersucht werden.

Haben wir einmal den objektivierten Willen als allein maßgebend bezüglich der Lösung der Kontroverse festgestellt, so würde aus diesem Umstand zu folgern sein, daß überall dort,

---

[1]) So z. B. von den reinen Objektivisten angenommen:

Rubo, Kommentar, z. B. S. 406, 412: Blanche a. a. O. tome I No. 8 S. 9, 10; die bei Garçon a. a. O. S. 24 No. 109 Zitierten; vgl. Gretener russ. Entwurf: die Entscheidungen S. 171, 172;

dagegen: also unserer Ansicht: Garraud a. a. O. S. 401: „l'idée de la tentative ne contient pas, sans doute, l'idée que l'éxécution soit réalisable"; Saleilles a. a. O. z. B. S. 69, 28, 27, 64, 65; Gallet a. a. O. No. 107 S. 235 ff, 265 ff., speziell 272, 275, 276; Kohler a. a. O. S. 9; Garçon a. a. O. No. 113 S. 24; Klee a. a. O. S. 33; Hertz a. a. O. S. 67 ff; v. Liszt, Lehrbuch S. 190 Anm. 2; v. Buri, z. B. G.S. 1880 XXXII S. 344; Oberappellationsgericht Jena, G.S. XXVII 1875 S. 315; E.R. Bd. I. S. 422: Urteil vom 24. Mai 1880; Berolzheimer S. 382.

[2]) Allerdings gibt es Gesetzbücher, welche eine subjektive Versuchstheorie vertreten, trotzdem aber am „Anfang der Ausführung" festhalten. Vgl. darüber Mittermaier in Z.S.S.R. Bd. XIV S. 476, Havenstein S. 42, 43. Hierzu ist auch zu zählen: Der norweg. Entwurf 1894/96, vgl. Mercier a. a. O. S. 54, 55.

Digitized by Google

wo sich dieser Wille vergegenständlicht hat, die Strafe des Versuchs eintreten muß und zwar würde diese Strafe auch hier ein für alle Mal die gleiche Höhe haben müssen, sollen vom subjektiven Kriterium, also vom Willen aus und von der Objektivierung absehend, die Konsequenzen gezogen werden. Denn beim Willen, im subjektiven Moment selbst und aus diesem Moment allein deduzierend noch Abstufungen zu machen, können wir, wie schon oben hervorgehoben,[1]) nicht für gerechtfertigt halten. Der Wille kann beim unbeendigten und beendigten Versuch, ja bei diesen und der Vollendung die gleiche Energie aufweisen und wird dieser Fall auch der ungewöhnlichere sein, tatsächlich kommt er doch vor.[2]) Wir halten es daher nicht für richtig, daß die Ausführung eines Verbrechens einen größeren Grad der Energie erfordere, als die Beschäftigung mit den ihr vorausgehenden Maßnahmen,[3]) wenigstens kann dies nicht in dieser Allgemeinheit behauptet werden.

Außerdem halten wir es aber auch nicht für zweckmäßig, einen Unterschied zu machen, je nachdem der Handelnde, trotz seines ernstlichen vergegenständlichten Willens sich bewußt ist, daß seine Tätigkeit „an und für sich betrachtet, zur Herbeiführung des Erfolges noch nicht geeignet ist" oder, daß das erstrebte Ziel infolge dieser Tätigkeit zum Eintritt gelangen könne und endlich, daß sie den Erfolg mit Notwendigkeit herbeiführen müsse";[4]) denn hieße dies nicht den Täter über seine eigene Strafe entscheiden lassen? Ist der Wille gegeben, hat er sich vergegenständlicht, was geht uns dann noch das Denken des Täters an? Glaubt dieser, daß seine Handlung nicht geeignet sei den Erfolg herbeizuführen, so liegen eben Fahrlässigkeit, dolus eventualis oder im dritten Fall, wenn dies „ungeeignet" gar „unmöglich" heißen soll, kein

---

[1]) Vgl. oben S. 199f.

[2]) Gleicher Ansicht ist Gallet a. a. O. S. 336.

[3]) Vgl. v. Buri, G.S. 1880 XXXII S. 372; siehe auch Seuffert S. 53; Derselbe, M.J.K.V. X (1902) S. 477; dagegen: v. Bar, Reform S. 24.

[4]) Vgl. v. Buri, G.S. 1880 S. 371.

Digitized by Google

Wille und keine Strafmöglichkeit vor. In den beiden andern Fällen ist der Wille vorhanden und sobald er sich objektiviert hat, ist er auch strafbar.

Ist es aber für einen Dritten unmöglich, die Energie des Willens von der subjektiven Seite aus, also aus dem Willen des Täters selbst festzustellen, so ist es zum mindesten unzweckmäßig, den Täter über die von ihm angenommene Stärke seiner Handlung entscheiden zu lassen.

Offenbar soll durch die gewählte Unterscheidung eine verschiedene Bestrafung des délit manqué, bei welchem dann der Täter Notwendigkeit des Erfolgseintritts annehmen würde, gegenüber dem unbeendigten Versuch begründet werden, bei welchen nur eine solche Möglichkeit bestehen würde. Auch hier wäre aber dasselbe einzuwenden, was wir schon oben vorgebracht.

Es ist also anzunehmen, daß v. Buri nach der verschiedenen Stärke der Objektivierung, d. h. nach der Energie des Willens, welche sich in der Objektivierung zeigt, mit anderen Worten: von der objektiven Seite, dem tatsächlich Vorliegenden aus seine Abstufung vornehmen will. Ein solches Moment könnte eher unsere Zustimmung finden. Allerdings wäre auch hier die alte Scheidung in Versuch und Vorbereitung aufgehoben, denn zeigt sich der Wille in der Außenwelt, so ist sofort auch strafbarer Versuch gegeben. Immerhin wären aber die tatsächlichen Folgerungen — wie schon gesagt —[1]) ungefähr die gewöhnlichen. Wir kämen nun, aus der Annahme „objektivierter Wille“ = „Versuch“ konsequent folgernd, gemäß unserer Überzeugung, daß die Objektivierung die Unterscheidung von Graden der Handlung innerhalb des Versuchs in systematischer Weise ebensowenig erlaubt, wie sie eine rechtliche Scheidung in Versuch und Vorbereitung unterstützen kann, sondern daß sie lediglich gestattet zwischen Versuch und Vollendung eine Unterscheidung zu machen, zu folgender Ansicht: objektivierter Wille plus Erfolg, d. h. objektivierter Wille in seiner Perfektion verlangt schärfere Strafe, objektivierter Wille im gewöhnlichen

[1]) Vgl. oben S. 209.

Digitized by Google

Sinn (ohne Erfolg) mildere. Damit wären wir aber auf das allgemeingültige, bei jedem Versuch stets gleich gegebene Kriterium für eine mildere Strafe gestoßen: auf den Nichteintritt des Erfolges und den im Anschluß daran gegenüber der Vollendung wesentlich verschiedenen psychischen Eindruck auf die Volksgenossen.

Nur auf dieses objektive Moment können wir uns aber stützen, wenn wir die mildere Strafbarkeit des Versuchs in einer primär subjektiven Theorie überhaupt einer Erklärung unterwerfen. Also an die im Volke herrschenden Werturteile, an diejenigen Momente, welche im Volke bei Beurteilung der Tat maßgebend sind, daran müssen wir uns halten, obschon wir persönlich nichts dagegen einzuwenden hätten, Versuch und Vollendung mit dem gleichen Strafmaß zu belegen.[1]) Kriminalpolitische, moralische Gründe für eine geringere Versuchsstrafe können nicht angeführt werden;[2]) ebensowenig wie die Verschiedenheit der Bestrafung in einer rein subjektiven Theorie und einer sujektiv-objektiven Theorie von subjektiver Seite aus erklärt werden kann, ebensowenig kann sie durch allgemeine Rechtsgrundsätze plausibel gemacht werden.[3]) So findet man denn auch in neuesten Werken die Ansicht vertreten, daß der Versuch ebenso zu bestrafen sei wie die Vollendung; immerhin ist dabei meistens eine fakultative Milderung als Sicherheitsventil verlangt.[4]) Verwunderlich ist

---

[1]) Prinzipiell halten am gleichen Strafmaß für Versuch und Vollendung fest: Garçon a. a. O. S. 27 No. 135, vgl. auch die bei diesem Zitierten; Gallet a. a. O. S. 349 und die in Anm. 26 das. Zit.; vgl. auch v. Liszt, Lehrbuch S. 187 und Anm. a. a. O.

Neuerdings vertreten diese Ansicht: Garraud, M.J.K.V. X (1902) S. 102; v. Liszt, Gutachten S. 288 (276).

[2]) Darüber vgl. Goldfeld a. a. O. S. 8—17.

[3]) So v. Sterneck a. a. O. S. 24 u. 25, der Begnadigung ex lege annimmt. Ist in seiner ganzen Schrift so zu sagen nichts Neues geboten, so ist dieser eine neue Gesichtspunkt u. E. vollständig unhaltbar und unbegründet.

Aus dem Recht selbst müßten wohl jene Schriftsteller die mildere Versuchsstrafe ableiten, welche die oben schon betrachtete „Perfektionskraft" als Voraussetzung der Strafbarkeit annehmen.

[4]) Vgl. dafür: Gallet a. a. O. S. 349; Seuffert S. 53; Miler, M.J.K.V.

Digitized by Google

es aber, daß sich in Frankreich gerade in den letzten Jahrzehnten eine Strömung geltend machte, welche die geringere Strafbarkeit des Versuchs postulierte.[1])

Welcher Ansicht man aber auch sonst sein mag, man wird kaum bestreiten können, daß dort, wo eine Verletzung tatsächlich eingetreten ist, wo das Opfer des Deliktes vor unseren Augen liegt, wo alle die hervorgerufenen Qualen mit angesehen werden können, ja oft müssen, daß dort der Eindruck ein ganz anderer ist als da, wo wir allerdings wissen, daß ein Anschlag verübt worden ist, wo aber das Unruhe-, Unsicherheits-, Angstgefühl durch den glücklichen Ausgang wieder gelöst wird, wo auch die Erinnerung an schreckliche Stunden schneller verfliegt. — Es wäre also — dies sei rekapituliert — die Vollendung deshalb strenger zu strafen, weil der Erfolg bei dieser eingetreten ist und zwar nur darum, weil dieser Erfolg die ethischen Werturteile des Volkes ganz wesentlich beeinflußt, für das vollendete Verbrechen eine strengere Strafe als für den Versuch zu verlangen.[2])

X (1902) S. 76, 77; wohl auch van Hamel, M.J.K.V. X (1902) S. 382 und Gauckler, M.J.K.V. X (1902) S. 427, 428; Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 475ff., These hierzu S. 480 (§ 3); Harburger, M.J.K.V. X (1902) S. 489, 491, Schlußthese 4 M.J.K.V. X (1902) S. 508; [vgl. auch die Thesen Seufferts, M.J.K.V. VIII (1900) S. 199]. Dagegen neuerdings: v. Bar, Reform S. 24; Nabokow S. 12, 16 (aber nur im Prinzip, nicht obligat. Milderung); Kahl, V.D.J.T. Bd. III. S. 237; Cohn, Jurist. Wochenschrift XXXII. Jahrg. S. 287; für mildere Bestrafung in allen Fällen: Köhler S. 50 (der die Ansicht Milers falsch aufzufassen scheint); Rosenfeld, M.J.K.V. X (1902) S. 503 (für den unbeendeten Versuch: Milderung).

[1]) Ortolan a. a. O. S. 457; Chauveau et Hélie S. 393 No. 250; vgl. die bei Gretener, russ. Entwurf S. 167 **) Zitierten und die bei Garçon S. 27 No. 135 und bei Gallet a. a. O. S. 330 Anm. 12 Angeführten; vgl. auch v. Liszt, Lehrbuch Anm. 12 S. 187; Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 473, 474 (bezüglich des franz. Str.G.E. v. 1893.)

[2]) Im gleichen Sinne legen das Hauptgewicht auf den Erfolg:

Cornaz, Verhandlungen I. Bd. S. 91; Lilienthal a. a. O. S. 290, anders wäre S. 149 auszulegen; Tarde, bei Gallet a. a. O. S. 340; Goldfel da. a. O. S. 17ff.; Finger a. a. O. S. 27; Klee a. a. O. S. 55, 61; Lammasch, Moment obj. Gef. S. 65; v. Buri, G.S. 1880 S. 361ff. No. 7; v. Kries S. 302, 313; ähnlich Saleilles S. 23; Zachariae a. a. O. II § 171; Rossi a. a. O. S. 286;

Digitized by Google

Im großen und ganzen sind es also nur Utilitätsrücksichten, ist es ein Streben sich mit den ethischen Werturteilen, welche im Volke gelten, in Übereinstimmung zu halten, welche unsere obige Haltung veranlaßten; denn unseres Erachtens liegt das Ideal der Prävention durch die Strafdrohung in der gleich hohen Bestrafung des Versuchs und der Vollendung in Verbindung mit der strafbefreienden Wirkung des Rücktritts, die dem reuigen Täter zu jeder Zeit den Rückweg offen läßt.[1]) Hierin liegt die volle Ausnutzung der möglichen Wirkungen der Strafdrohung, welche Bestimmung doch nicht allein so beschaffen sein soll, daß dem Täter eine Möglichkeit bleibt, vom einmal angefangenen Verbrechen abzustehen, d. h. daß nicht der Täter durch sie zur Vollendung getrieben werde,[2]) sondern welche außerdem und zwar in erster Linie eine Gewähr dafür bieten muß, daß der Täter das Verbrechen gar nicht anfangen werde. Beiden Momenten wäre aber durch die oben vorgeschlagene Regelung vollkommen entsprochen. Tritt der Täter trotz der ihm dafür belassenen Straflosigkeit nicht zurück, so sehen wir keinen Grund ein, ihn milder zu bestrafen, aber auch keine Berechtigung, etwa mit der Möglichkeit zu rechnen, daß er im nächsten Augenblick zurückgetreten wäre.[3])

Haben wir aber im obigen die Forderung einer mildern Bestrafung des Versuchs als Postulat der Zweckmäßigkeit, der Billigkeit, als Konzession an die öffentliche Meinung aufgefaßt,

---

vgl. darüber auch Gallet No. 138ff S. 325ff.; Hertz a. a. O. S. 89; Pfenninger a. a. O. S. 790.

Gegen die obige Bewertung der Volksempfindung sprechen sich aus: Seuffert S. 53, Prins S. 147.

Für die obige Beurteilung neuerdings: v. Bar, Reform S. 24 (23); mit ähnlicher Begründung: Berolzheimer S. 379.

[1]) Dies hebt besonders hervor Gallet a. a. O. S. 337.

[2]) Vielfach wird gerade einer gleich hohen Strafdrohung für Versuch und Vollendung vorgeworfen, sie treibe den Täter zur Vollendung, versperre ihm den Rückweg. Dabei wird aber vollkommen der strafaufhebende Rücktritt übersehen; vgl. auch Gallet a. a. O. S. 334ff.; überdies v. Liszt, Lehrbuch S. 187; Goldfeld a. a. O.

[3]) Wie wir wissen, wollen Lammasch u. A. A. diese Möglichkeit berücksichtigt wissen, vgl. Lammasch a. a. O. S. 68ff. Dagegen: Havenstein S. 62.

Digitized by Google

so ist es interessant, den Gegensatz dazu noch besonders hervorzuheben, jene Ansicht, welche in einer solchen Forderung geradezu ein Recht des Verbrechens sieht:

„Tout n'est qu'heur et malheur, . . . Et bien, lorsque l'auteur d'une tentative d'assassinat, empêché par une circonstance involontaire est traduit devant les assises, c'est semble-t-il une bonne fortune pour lui et non pas seulement pour sa victime sauvée, que son fusil ait raté, que la mèche allumée de sa main pour faire éclater la dynamite sous le passage d'un train royal, se soit éteinte en route. Sa criminalité a beau être la même que s'il eût accompli son projet, sa bonne fortune est ou parait être aux yeux de tous sa propriété incontestable.[1])

Würde uns aber vorgeworfen, daß wir in unseren Maßnahmen eine Art von Erfolgshaftung sanktionieren, wenn auch nicht eine Erfolgshaftung im technischen Sinn, wieviel eher könnte dies Tarde eingewendet werden; haben aber dann nicht alle Objektivisten eine vollkommen ungerechtfertigte Nicht-Erfolgshaftung gutgeheißen, indem sie den Versuch überhaupt und sodann milder strafen? —

Ist aber einmal festgestellt, daß je nach dem Eintritt oder Nichteintritt des Erfolges eine strengere resp. mildere Strafe einzutreten hat, so ist damit nicht nur die Strafbarkeit des Versuchs gegenüber der Vollendung bestimmt, sondern ohne weiteres ergiebt sich auch der Grund, warum das délit manqué einer strengeren Bestrafung als der nicht beendigte Versuch unterworfen werden müßte. Dieser Grund liegt darin, daß beim délit manqué die Nähe der Handlung zum Erfolg sicherlich deutlicher, daß bei diesem die ganze Handlung näher an die Vollendung gelangt ist, als beim unbeendigten Versuch.[2])

---

[1]) Tarde, Positivisme et pénalité. Zitiert aus Gallet a. a. O. S. 339, 340.

[2]) Allerdings besteht hierbei eine wesentliche Ausnahme. Jene Fälle fehlgeschlagenen Verbrechens, welche zugleich untauglicher Versuch sind, werden der allgemeinen Regel nicht entsprechen. Bei ihnen wird die Handlung nicht näher zum Delikt gelangt sein (die Gefahr wird nicht größer sein, vgl. unten) als beim unbeendigten Versuch, ja sie könnte vielleicht sogar geringer sein. U. E. ist es aber ganz richtig, daß diesen Fällen eine Ausnahmestellung ein-

Digitized by Google

Auf das délit manqué kommen wir an anderem Orte noch speziell zurück, deshalb kann hier von weiteren Erörterungen vorläufig abgesehen werden.

Statt sich jedoch auf die Nähe der Handlung zur Vollendung als Abstufungsmodus der Strafe zu stützen, können wir als solchen ohne Mühe auch die generelle oder die konkrete Gefahr, welche die Handlung, die betreffende Willensäußerung für die Rechtsordnung enthält, als maßgebend ansehen. Jede rechtswidrige Handlung, jeder rechtwidrige Wille enthält auch — dieses haben wir schon mehrmals hervorgehoben — eo ipso eine Gefahr für die Rechtsordnung. Mit guten Gründen könnten wir daher die Strafe nach dieser Gefahr abstufen, nach dieser objektiven Gefahr, welche je nach dem weiteren oder geringeren Fortschreiten der Handlung als größer oder kleiner zu bezeichnen wäre und welche, je nachdem die generelle oder die konkrete Gefahr als ausschlaggebend betrachtet würden, eine bezüglich der verschiedenen Stadien der einzelnen strafbaren Handlung mehr gleichmäßige resp. im letzteren Fall eine von diesen Stadien vollkommen absehende lediglich auf den Einzelfall sich stützende Praxis hervorrufen würde. Aus diesem letzten Grunde aber werden wir an der generellen Gefahr festhalten.[1])

Danach wäre klar: Je nach der Größe der Gefahr für

---

geräumt werde. In diesem Abschnitt sprachen wir jedoch nur von der relativen Strafbarkeit des sogenannten tauglichen Versuchs. Über den untauglichen vgl. unten § 10 III.

Von der verschiedenen Nähe der Handlung zum Erfolg zu sprechen ist natürlich vollkommen unlogisch. Lammasch hat daher Recht, wenn er S. 68 Abs. 1 a. E. (Moment obj. Gef.) sagt: „Wenn man aber die Entfernung des Versuchsaktes vom Erfolge in Betracht zieht, so ist dieselbe, ob nun das Mittel oder Objekt tauglich oder nicht tauglich ist, nach Lage der Umstände im konkreten Fall stets ∞."

Es kann aber u. E. rein äußerlich und abstrakt betrachtet, doch von einer größeren oder geringeren Entfernung der Handlung vom Erfolge gesprochen werden, tatsächlich geschieht denn dies auch mannigfach: vgl. Klee a. a. O. S. 58; Picot a. a. O. S. 119, sehr viele kantonal-schweizerische Str.G.B., darüber Mercier a. a. O. S. 50c; Feuerbach, nach Mercier a. a. O. S. 42.

[1]) Generelle Gefahr im Sinne von v. Kries (a. a. O. S. 287 ff.).

Digitized by Google

die Rechtsordnung — nicht für ein bestimmtes Rechtsgut, würde doch durch ein solches von uns schon als unzweckmäßig verworfenes Postulat die ganze subjektive Theorie geradezu negiert — je nach der Größe besagter Gefahr, je nach der Nähe der Handlung zum Erfolg ist auch die Verschiedenheit der Strafhöhe zu bemessen.[1])

III. Ist aber durch obiges für jeden Versuchsfall prinzipiell die mildere Strafe festgestellt, so würde die nächste Frage dahin lauten müssen, wie es mit dem untauglichen Versuch (im engeren Sinne) stehe, ob dieser der allgemeinen Regel unterliege oder ob für ihn besondere Bestimmungen gelten.

Es ist schon hervorgehoben worden, daß ein objektiver Unterschied zwischen gewöhnlichem und untauglichem Versuch nicht besteht, wenn man streng logisch auf dem einzelnen Tatbestand fußend, urteilen will, daß aber auch das subjektive Unterscheidungsmerkmal Lammaschs nicht als stichhaltig betrachtet werden kann. Wenn wir also hier von untauglichem Versuch sprechen, so übersehen wir nicht den Leitsatz: „jeder Versuch ist untauglich", sondern halten uns lediglich an frühere Einteilungen, welche wir hier als Unterscheidungen innerhalb des einheitlichen untauglichen Versuchs im weiteren Sinne betrachten.

Wir haben weiter oben schon betont, daß auch im untauglichen Versuch eine Gefahr für die Rechtsordnung enthalten sei; damit ist uns aber ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, für die **Bestimmung der relativen Strafbarkeit des untauglichen Versuchs gegenüber der des sog. tauglichen,** ebenso wie für die **Festsetzung der relativen Strafbarkeit der einzelnen Fälle des untauglichen Versuchs unter sich** wieder das gleiche Kriterium wie oben die generelle Gefahr, die Nähe der Handlung zum Erfolg zu gebrauchen. Halten wir diese Konsequenz auch für ganz richtig, halten wir die daraus hervorgehende Notwendigkeit einer mildern Bestrafung des

---

[1]) Auf die Gefährlichkeit des verbrecherischen Willens (in concreto), welche im Versuch geringer sei, stellt Havenstein S. 65 die mildere Versuchsstrafe ab!

Digitized by Google

untauglichen Versuchs auch für vollkommen zweckmäßig, ist es unseres Erachtens nötig, daß dem Richter die Möglichkeit belassen bleibe, für den untauglichen Versuch eine noch niedrigere Strafe auszusprechen als sie im allgemeinen für den gewöhnlichen Versuch zu verhängen ist, so halten wir es andererseits für ebenso unerläßlich, die Strafmilderung des untauglichen Versuchs gegenüber dem tauglichen, nicht als eine obligatorische, sondern als eine fakultative zu fassen, sodaß das Gericht die Freiheit hat, bei Bestrafung eines untauglichen Versuchs ebenso hoch zu strafen, wie wenn ein gewöhnlicher Versuch des betreffenden Deliktes vorliegen würde.

Der Unterschied unserer Theorie gegenüber den objektiven Gefahrtheorien dürfte aber auch nicht entgangen sein. Er liegt darin, daß jene Theorien die Gefahr als Grund der Strafbarkeit auffassen und folgerichtig jenen Versuch, bei dem sicherlich — weder in der Abstraktion noch in concreto — von Gefahr die Rede sein könnte, straflos lassen müssen, während bei unserer Theorie der Wille als Grund der Strafbarkeit aufgefaßt wird und deshalb jeder Versuch, sei er gefährlich, sei er ungefährlich, strafbar ist, die Gefahr aber lediglich als Abstufungskriterium fungiert. Dadurch kommen wir dann zu dem Resultat, daß die Vollendung am schwersten zu strafen ist, weil sie den objektivierten Willen in seiner Perfektion enthält, die Gefahr also hier in der Verletzung aufgegangen ist; der gewöhnliche Versuch ist auch zu bestrafen, weil der Wille sich objektiviert hat, die schwächere Strafe ist aber in dem Umstand begründet, daß der Erfolg, die Verletzung nicht eingetreten ist, daß an Stelle dieser lediglich eine Gefahr und zwar eine Gefahr für die Rechtsordnung gegeben ist; die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs beruht auf dem gleichen Grunde, verlangt aber eine weitere Milderung, weil die Gefahr hier eine noch geringere ist. Da sie aber bis zu gleicher Höhe steigen kann, wie beim „tauglichen Versuch", verlangen wir gegenüber letzterem nur eine fakultative Milderung.

Kurz gesagt: für die relative Strafbarkeit des Versuchs ist die jeweilige Größe der Gefahr ausschlaggebend.

Eine Inkonsequenz gegenüber dem von uns akzeptierten

Digitized by Google

subjektiven Prinzip mag darin gesehen werden, daß wir die Gefahr in unserer Theorie, sei es auch in sekundärer Stellung, wieder einführen. Man werfe uns aber in Wirklichkeit nicht Inkonsequenz vor, denn haben wir jemals im Sinne gehabt, konsequent zu bleiben, etwa unsere Theorie als einheitliches System auszubauen? So leicht es ist, vom subjektiven Standpunkt aus eine konsequente Theorie, ein System aufzustellen — dies sollte § 9 bewiesen haben — so wenig ist ein solches System fähig sich den Lebensverhältnissen gehörig anzupassen. Deshalb mag es allerdings eine Inkonsequenz sein, wenn wir die „Gefahr" wieder aufnehmen, man mache uns aber nicht einen Vorwurf daraus: dieselbe Sorge, die Theorie den Lebensverhältnissen anzupassen, hat uns ja auch bewogen, das subjektive Prinzip wieder mehr in den Vordergrund stellend, die Strafe des untauglichen Versuchs im gegebenen Fall bis zur Höhe der Strafe des gewöhnlichen Versuchs auszudehnen, außerdem aber — wie noch näher hervorgehoben werden soll — die Strafmilderung für das fehlgeschlagene Verbrechen nur fakultativ zu bestimmen.

Es würde also nach all dem Gesagten unserer Ansicht in keinem Punkte widersprechen, wollte man den Versuch in einem Gesetzbuch kurz so regeln: „Der Versuch kann milder bestraft werden als die Vollendung."[1]) Es wäre damit eigentlich alles Nötige gesagt, aber eine solche Bestimmung wäre für die Praxis allzu gefährlich, allen Kontroversen würde wieder Tür und Tor geöffnet, deshalb kann auch eine solche prinzipiell wohl haltbare Norm für die Praxis nicht empfohlen werden. —

So weit vorgeschritten wird uns ein Rückblick ohne weiteres zeigen, daß eigentlich nur in einer Theorie, welche vom subjektiven Prinzip ausgeht, die richtigen Präventionsmaßregeln liegen. Wir kommen dadurch zu dem Ergebnis, daß der Richter nicht gar zu viel gefährliche Individuen freisprechen

[1]) Vgl. Zürcher, Verhandlungen Bd. I S. 94. Eine solche Formulierung müßte wohl auch die Zustimmung Nabokows finden. Sie würde seinen sämtlichen Postulaten entsprechen. Vgl. Nabokow S. 9ff., speziell S. 15 Nr. 2a, b, S. 16 Nr. 3b, S. 17 (Schluß).

Digitized by Google

muß, und dies kann unseres Erachtens nicht als Nachteil aufgefaßt werden, denn unbestreitbar liegt in vielen Fällen des untauglichen Versuchs eine große Gefahr für die Rechtsordnung. Deshalb können wir auch nicht die von mancher Seite empfohlene, allzumilde Friedensbürgschaft[1]) als Sicherungsmittel gegenüber untauglichen Versuchshandlungen empfehlen und gutheißen, sondern treten für eine Strafe ein, welche je nach Umständen bis zur Höhe der gewöhnlichen Versuchsstrafe gehen kann. Allerdings soll ein Nachteil unserer Ansicht nicht verschwiegen werden, der darin liegt, daß streng konsequent in manchen Fällen für den untauglichen Versuch die Strafe des vollendeten Verbrechens ausgesprochen werden könnte. Daß der untaugliche Versuch und das délit manqué sich kreuzende Begriffe sind, ist schon oben verschiedentlich hervorgehoben worden. Ist nun für das délit manqué die Möglichkeit offen gelassen, dessen Strafe bis zur Höhe der Vollendungsstrafe anwachsen zu lassen, so kann naturgemäß auch ein untauglicher Versuch casu dato mit dieser Strafe belegt werden. Diese rein äußerlich betrachtet allerdings mögliche Konsequenz wird jedoch durch das Abstufungskriterium der Größe der Gefahr unter allen Umständen verhindert; denn die Gefahr könnte doch hier niemals eine solche Stärke erlangt haben, daß die Vollendungsstrafe am Platze wäre. Und wäre die obige Folgerung selbst ohne weiteres möglich, so könnte sie doch nicht die Unzweckmäßigkeit unserer Theorie in toto beweisen; unseres Erachtens würde auch dann der Fall sich nicht ereignen, in dem ein Richter für einen untauglichen Versuch die Strafe der Vollendung aussprechen würde. So viel Vertrauen darf man wohl dem Richterstande entgegenbringen!

IV. Wenn also der objektivierte Wille das einzig maßgebende Kriterium für die Bestimmung der Strafbarkeit einer Handlung ist, die Gefahr aber nur die nebensächliche Rolle eines Strafausmessungsgrundes spielt, so folgt daraus, daß jede

---

[1]) Friedensbürgschaft verlangen: Oetker, Versuch S. 64; Pfenninger a. a. O. S. 791, 792; Mittermaier, G.S. 1859 S. 437 a. A.; Ortolan a. a. O. S. 457 Nr. 1008.

Digitized by Google

Versuchshandlung, sei sie nun tauglich oder untauglich, bestraft werden muß. Eine solche strikte Konsequenz würde aber dem Allgemeinempfinden in vielen Fällen widersprechen, obschon wir aus eigener Erfahrung Aussprüche von Laien mitteilen könnten, die Fälle des unbestreitbar untauglichen Versuchs mit der Vollendungsstrafe belegt wissen wollten, z. B.: „Mordversuche an einer Leiche" mit dem Tode. Unzweifelhaft ist jedoch, daß im allgemeinen weder Juristen noch Laien sich einverstanden erklären würden, wenn ein Mensch, welcher einen andern totbeten wollte, bestraft werden sollte, obschon unseres Erachtens ein solches Individuum ohne Bedenken als gefährlich zu betrachten ist.

Es wäre nun sicherlich als falsch zu bezeichnen, stellte ein Gesetzgeber unter allen Umständen das Streben in den Vordergrund, das Gesetz mit den Volksanschauungen in Uebereinstimmung zu bringen, im Gegenteil, es ist vollkommen richtig, wenn sich Tarde dahin ausspricht: „L'opinion a beau constituer la principale force des lois pénales vraiment efficaces, leur mérite est souvent de lutter contre elle, de même qu'un gouvernement né d'elle, comme tout gouvernement, doit la réformer fréquemment plutôt que de s'y conformer."[1]) Andererseits gibt es aber unbestreitbar Fälle des untauglichen Versuchs, in welchen eine Strafe eher nachteilig als nützlich sein könnte und diese Fälle müssen von der Strafe befreit bleiben.

Es entspricht nun oft den Anforderungen, die an ein zweckmäßiges Gesetzbuch gestellt werden, wenn es Normen aufstellt, die allgemein gehalten eine Verschiedenheit der Fälle zusammenzufassen imstande sind, ja man sieht es im allgemeinen lieber, wenn ein Gesetz, wie oben geschildert, vorgeht und sich nicht in kasuistische Einzelheiten verliert. Es kann aber oft gerade ein Vorteil einer Gesetzesbestimmung darin liegen, daß sie für den einzelnen Fall geschaffen ist und nicht einen Grundsatz auf einen größeren Komplex ausdehnt als auf den absolut notwendigen. So liegt es aber gerade in unserer Frage.

---

[1]) Tarde, Positivisme et pénalité, vgl. bei Gallet a. a. O. S. 341.

Digitized by Google

Wir sehen in allen jenen Momenten, die bisher von den verschiedensten Theorien angeführt worden sind, um das Totbeten und ähnliche Fälle als straflos erklären zu können, untaugliche Versuche. Allen jenen Schriftstellern war es klar, daß ihre Lehre auf starken Widerspruch stoßen mußte, sollten jene Fälle unter die strafbaren einbezogen werden, einzugestehen, daß aber hier ein schwacher Punkt ihrer Theorie gegeben sei, daß die Straflosigkeit des Totbetens nicht aus dem Rechte selbst und dessen bei der Strafbarkeit geltenden Prinzipien erklärt werden könne, dazu konnte sich niemand entschließen. Es wird à tout prix ein Kriterium eingeführt und zwar nur zu dem Zwecke, um diese unbequemen Fälle „herauszubekommen."[1])

Unseres Erachtens ist aber das Totbeten, geht man vom objektivierten Willen aus, einfach als strafbar zu behandeln. Der Täter stellt sich den Erfolg als einen möglichen vor und objektiviert das auch durch Handlungen; er gibt seinen Willen in der Außenwelt kund und zwar durch das Gebet. Daß er über seine Vorstellung im einzelnen Angaben machen müßte, etwa dahingehend, wie er sich nun den Vorgang näher gedacht habe, diese Forderung haben wir an anderer Stelle schon zurückgewiesen.[2])

Geht aber die Straflosigkeit jener bekannten Fälle nicht aus allgemeinen Rechtsprinzipien, nicht aus dem Recht selbst hervor, so kann sie — und dies ist der richtige Weg — nur aus dem positiven Recht, nur aus dem Gesetze erklärt werden. Es muß daher eine **positivrechtliche Einschränkung** gegeben werden, welche besagte Fälle speziell als straflos bezeichnet, denn auch die Unterscheidung in Versuch und Mangel am Tatbestand, welche die unbequemsten Fälle auszuscheiden imstande ist, kann weder von unserem Standpunkte aus, der keinen besondern Versuchstatbestand anerkennt, noch überhaupt allgemein als gerechtfertigt anerkannt werden.[3]) Zweck-

---

[1]) Vgl. darüber unsere Ausführungen oben S. 177ff.

[2]) Vgl. darüber unsere Ausführungen oben bei v. Buri S. 179, 181.

[3]) Darüber vgl. unsere Ausführungen oben bei Klee S. 115 ff.

Digitized by Google

mäßige Regelungen finden sich aber schon in mehreren Gesetzbüchern; wir meinen jene, welche die Strafbarkeit für die Handlungen negieren, in welchen die Anwendung des Mittels auf Unverstand usw. beruht;[1]) die unseres Erachtens richtige Normierung hat jedoch das russische Strafgesetzbuch aufgestellt, indem es diejenigen Handlungen straflos läßt, welche aus **„rohem Aberglauben“** oder **„grober Unwissenheit“** vorgenommen worden sind.[2])

In Übereinstimmung mit diesem Gesetze befinden wir uns nun, wenn wir die gleichen Kriterien für die Ausschließung der Strafbarkeit als maßgebend betrachten, nur scheint uns die Begründung dieser Maßnahme in jenem Gesetz etwas verfehlt. Darüber nur einige Worte.

Daß das Hauptgewicht auch im „russischen Entwurf“ auf die Tauglichkeit des Planes gelegt zu sein scheint, ist um so weniger von Bedeutung, als ja auch der untaugliche Plan als prinzipiell strafbar behandelt wird;[3]) es könnte daher ebensogut auch der objektivierte Wille in den Vordergrund gestellt werden. Ein Punkt scheint uns aber irrig zu sein. Bei den Fällen, in denen roher Aberglaube oder grobe Unwissenheit den Täter geleitet haben, soll kein Wille gegeben gewesen sein. — Gegen diese Ansicht anzukämpfen ist uns schon an verschiedenen Stellen unserer Arbeit Gelegenheit geboten ge-

---

[1]) Vgl. über solche Gesetzgebungen: Mittermaier, G.S. 1859 S. 408, 409; Stooß, Strafgesetzbücher S. 45 ff.; Temme, Schweiz. Strafrecht S. 178; Stooß, Grundzüge S. 218 ff.; Picot a. a. O. S. 119 ff.

[2]) Vgl. hierzu Gretener, Russ. Entwurf S. 20 Art. 45, S. 174 ff. Ähnliche Regelung zeigt auch das griechische Str.G.B. Bezüglich der Fassung des Str.G.B. für Rußland von 1866 vgl. dessen Art. 115 Anm. und Art. 111 (Ausgabe St. Petersburg 1866, deutsche Übersetzung). Hierzu vgl. auch Nabokow S. 3—5, der selbst auch für solche Regelung eintritt: S. 10, 16. Über eine ähnliche Normierung von 1885 vgl. Mercier a. a. O. S. 45. Zu vergleichen wäre auch noch der russische Strafgesetzentwurf von 1895 Art. 39 und 41. Das neueste russische Str.G.B. von 1903 ist im III. Teil (Anhang) B dieser Arbeit berücksichtigt. Im Ergebnis gleich neuerdings: Seuffert, M.J.K.V. S. 464, These hierzu S. 480 (dazu Finkelburg ebda. S. 501, 502) vgl. auch schon These II, 3: M.J.K.V. VIII (1900) S. 199.

[3]) Vgl. Gretener, Russ. Entwurf S. 174 ff.

Digitized by Google

wesen; wir verweisen deshalb auf früher Gesagtes.[1]) Von jenen Einwänden abgesehen, begreifen wir aber weiterhin nicht, warum bei Annahme der oben genannten Motivierung die Beschränkungen der Strafbarkeit noch positiv im Gesetze enthalten sein müssen. Ist der Wille in solchen Umständen nicht vorhanden, dann wird ja ganz von selbst auch nicht gestraft werden, und eine besondere Hervorhebung dieser Kriterien ist unnötig. Es scheint hier fast, als ob die russische Kommission erwartet hätte, daß ihre Ansicht nicht allgemeiner Zustimmung teilhaftig sein werde und sie daher einer Zersplitterung der Meinungen vorbeugen wollte.

Sodann macht der russische Entwurf aber noch einen strikten Unterschied zwischen der Strafbarkeit des Versuchs mit untauglichen Mitteln und jener des Versuchs am untauglichen Objekt.[2]) Während es die von uns hervorgehobenen Kriterien nur beim Versuch mit untauglichen Mitteln gebraucht, scheidet es den Versuch am untauglichen Objekt in einen Versuch am nicht existierenden und in einen Versuch am nicht vorhandenen (für die bestimmte Ausführung untauglichen) Objekt. Abgesehen aber davon, daß eine solche Unterscheidung zwischen nicht existierendem und nicht vorhandenem Objekt auf Widerspruch stoßen wird und auch schon gestoßen ist,[3]) abgesehen davon, daß wir der Ansicht nicht beistimmen können, daß jeder Versuch sich gegen ein bestimmtes Rechtsgut (Objekt) richten müsse, abgesehen von dieser Nichtübereinstimmung mit dem russischen Entwurf scheint uns der zweckmäßigste Weg, die beste Lösung der Frage in einer einfachen Übertragung der für den Versuch mit untauglichen Mitteln aufgestellten Kriterien auf den Versuch am untauglichen Objekt zu liegen.[4])

---

[1]) Vgl. unsere Ausführungen S. 177 ff.

[2]) Vgl. Gretener, Russ. Entwurf S. 175 ff.

[3]) Vgl. oben S. 109 Anm. 2.

[4]) Wie wir neuerdings festzustellen in der Lage waren, hat v. Liszt in seinen „Bemerkungen zum Entwurfe des allgemeinen Teiles eines Str.G.B's für Rußland" (datiert Marburg, 1883): S. 18, 19 für die russische Gesetzgebung einen analogen Vorschlag gemacht.

Digitized by Google

Es soll allerdings nicht bestritten werden, daß die Kriterien „roher Aberglaube“[1]) und „grobe Unwissenheit“ nicht gerade zweifelsfreie sind, doch glauben wir, daß die Praxis damit genügend sichere Anhaltspunkte haben würde. Außerdem bedenke man, daß diese Momente strafausschließend wirken, daß also in Zweifelsfällen der Täter freizusprechen wäre; dadurch werden die etwaigen schlimmeren Konsequenzen doch wesentlich abgeschwächt! Sollte aber eingewandt werden, daß durch unsere Theorie die Dummheit prämiert werde, so wollen wir dies gar nicht bestreiten, wir können jedoch nur antworten: „Mit der Dummheit kämpfen Götter selbst vergebens“. Ein „gescheidter“, „gebildeter“ Verbrecher wird eben taugliche Mittel gebrauchen und sich an tauglichen Objekten vergreifen. In Fällen aber wie z. B. denjenigen, in denen der Täter mit dem während seiner Abwesenheit entladenen Gewehr einen „Mordversuch“ macht oder eine „Leiche töten“ will, in solchen Fällen wird die Strafbarkeit selbstverständlich sein, liegen doch weder „roher Aberglaube“ noch „grobe Unwissenheit“ vor.

„Roher Aberglaube“ würde z. B. vorliegen, wenn der Täter glauben sollte, daß er durch das Anschießen der Leiche den Toten in seinem Schlummer stören könnte, „grobe Unwissenheit“ aber, wenn er die Leiche nochmals töten wollte.

Die von uns dem russischen Entwurf entsprechend angenommenen Kriterien wären nun etwas genauer dahin zu präzisieren: „Grobe Unwissenheit“ ist als Mangel des Wissens in jenem Grade eines solchen Mangels zu sehen, welcher unter dem Minimum des Wissens eines Durchschnittsmenschen steht, d. h. jenes Wissens, welches man bei jedem Menschen voraussetzen kann; insofern wäre der Begriff auch absolut gefaßt.

Der „rohe Aberglaube“ ist nun das Gegenstück zur Unwissenheit, jedoch auf metaphysischem Gebiet. Dieses Kriterium könnte demgemäß auch dahin umschrieben werden: „rohe Unwissenheit auf metaphysischem Gebiet“. Dabei ist aber noch darauf aufmerksam zu machen, daß der Ausdruck „Wissen“ an diesem Orte eigentlich ungenau genannt werden

[1]) Vgl. Mittermaier in G.S. 1895 S. 409 Anm. 16.

Digitized by Google

muß, da nur mehr von „Glauben“ die Rede sein dürfte. Immerhin kann eine Parallele zwischen den beiden Kriterien ohne Mühe konstruiert werden.[1])

Zur Erläuterung des Obigen seien noch einige wenige Beispiele angeführt:

Eine Frauensperson, der nie ein Mann beigeschlafen, glaubt schwanger zu sein und nimmt Abtreibungsmittel. Der Wille abzutreiben ist ohne Zweifel objektiviert, die Strafbarkeit jedoch mit der Motivierung zu verneinen, daß in diesem Falle „grobe Unwissenheit“ vorliege; muß doch von jedem Durchschnittsmenschen angenommen werden, daß er wisse, daß eine Schwangerschaft den Beischlaf zur Voraussetzung habe.[2])

Anders wäre folgender Fall zu entscheiden: Eine Dirne glaubt sich schwanger, ohne es tatsächlich zu sein, und nimmt Abtreibungsmittel. Hier wäre wegen Abtreibungsversuch zu strafen, da „grobe Unwissenheit“ nicht vorliegt, denn es ist jedem Durchschnittsmenschen bekannt, daß eine Schwangerschaft nach einem Beischlaf möglich ist.[3])

---

[1]) Etwas konkreter, präziser, positiver könnte unsere Ansicht, absehend von dem im Text angeführten Kriterien, auch dahin zusammengefaßt werden: „Der Versuch ist stets strafbar, außer in jenen Fällen, in denen der Täter alle objektiven Umstände kennt, welche die Untauglichkeit mit Notwendigkeit bedingen, in welchen er die Ausführung der Tat aber doch versucht“.

Daß diese Version unserer obigen Ansicht vollkommen entspricht, wird ohne weiteres einleuchten. Dem „Kennen“ könnte auch „das Kennen-müssen“ gleichgestellt werden, insofern als es sich dabei um so Selbstverständliches, Alltägliches handelt, daß jemand bei Unkenntnis solcher Umstände wohl ohne weiteres in die Irrenanstalt oder in eine Anstalt für Schwachsinnige gehörte.

Die hier angeführte Fassung hat auch noch den Vorteil, die Frage der Tauglichkeit vollkommen zu umgehen. Da sie mir von befreundeter Seite, von Herrn Rechtsanwalt Scheie, Christiania, nalie gelegt worden, nicht eigenem Nachdenken entspringt, habe ich sie nicht im Text angeführt.

[2]) Der in Anm. 1 S. 228 gegebenen Formulierung gemäß wäre folgendermaßen zu motivieren: Die betreffende Frauensperson weiß, daß die einzige Voraussetzung der Schwangerschaft der Beischlaf ist; sie weiß außerdem, daß sie mit keinem Mann geschlechtlich verkehrt, glaubt aber doch aus irgend einem Grunde schwanger zu sein und versucht die Abtreibung.

[3]) Es sei darauf aufmerksam gemacht, daß der letztere Fall einen Versuch

Digitized by Google

Straflos bliebe der Fall des Totbetens, wenn Täter es auf eine Einwirkung auf Gott abgesehen wegen „rohen Aberglaubens", wenn Täter aber selber, nur durch seine Worte, töten wollte wegen „grober Unwissenheit". Will jemand dagegen einen andern durch den Schreck töten, so wäre er strafbar, da die Strafausschließungsgründe nicht vorliegen.

Will jemand einen Toten wieder erwecken, etwa durch spiritistische Mittel, so läge „roher Aberglaube" vor.

Diese wenigen Entscheidungen dürften wohl die Hoffnung und die Zuversicht unterstützen, daß die Praxis mit den angeführten Kriterien ihr Auskommen finden würde. Es soll allerdings nicht bestritten werden, daß auch hierbei zweifelhafte Fälle vorkommen könnten,[1]) bei diesen aber bliebe nichts anderes übrig, als dem Satz „in dubio pro reo" Geltung zu verschaffen.

V. Bevor wir zum Schlusse unsere ganze persönliche Ansicht kurz zusammenfassen, sind wir genötigt, noch einzelne für unsere speziell dem untauglichen Versuch gewidmete Arbeit nebensächliche Punkte zu erörtern, welche unser Interesse doch in dem Maße beanspruchen, als ein kurzer Überblick es ihnen angedeihen lassen kann.

Man kann eine Versuchstheorie nicht besprechen, ohne sich zu fragen, was für eine Stellung dem **Putativdelikt** gegenüber einzunehmen sei. Es ist klar, daß eine Erörterung über das Putativdelikt, welche in dessen Einzelheiten und in die in der Literatur vertretenen Ansichten näher eingehen will, einer speziellen Arbeit über dieses Thema überlassen werden muß. Wenn man aber eine subjektive Theorie zu vertreten behauptet, oder auch nur eine solche, in welcher vom subjektiven Moment

---

am untauglichen Objekt darstellt, daß auch hierbei sich unsere Theorie bewährt, während das russische Gesetz in solchen Fällen anders motivieren müßte.

In solchem Falle wird die Strafbarkeit wohl von niemand — es sei denn der betreffende eingefleischter Objektivist — bestritten werden. Sehr richtig ist die Äußerung Kohlers bezüglich solcher Fälle, a. a. O. S. 21 ff.

[1]) Wesentlich sicherer würde sich die Entscheidung nach der in Anm. 1 S. 228 gegebenen Formulierung treffen lassen.

Digitized by Google

ausgegangen wird, so ist es unumgänglich notwendig, auch genannter Art der Willensäußerung einige Worte zu widmen.

Was den Begriff des Putativdeliktes anbetrifft, so halten wir uns weder an diejenige Ansicht, die mit Frank diese Deliktsart auch dann als gegeben erachtet, wenn ein Mangel im Tatbestand vorhanden ist, welches Moment andere als Rechtsunmöglichkeit, Fehlen der objektiven Rechtswidrigkeit bezeichnen, noch an die Meinung v. Rohlands, welcher in jedem Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und am absolut untauglichen Objekt ein Putativdelikt sieht.[1])

---

[1]) Eine gewisse Übereinstimmung bezüglich der Bestimmung des Begriffes „Putativdelikt" kann insofern festgestellt werden, als die meisten Autoren den Fall des Irrtums über die Rechtsordnung zum Putativdelikt zu zählen scheinen. Während aber die herrschende Ansicht das Putativdelikt auf diesen Fall beschränkt, nehmen andere Schriftsteller wieder einen weiteren Begriff „Putativdelikt" an. Sehen wir also vom ersten hervorgehobenen Punkte vollkommen ab, so wären die Ansichten der von uns berücksichtigten Schriftsteller ungefähr folgendermaßen zusammenfaßbar:

a) Bei Mangel am Tatbestand, d. h. bei Mangel im Subjekt, Mangel im Objekt oder Mangel im bestimmten gesetzlich postulierten Mittel liegt Putativdelikt vor: Frank a. a. O. S. 102 Nr. 4, S. 54; Merkel a. a. O. S. 130; bezüglich des Objektes ähnlich: Klee a. a. O. S. 29, vgl. dazu unsere Anm. 2 S. 119; Gretener, Bemerkungen und Anträge S. 772, vgl. oben unsere Anm. 2 S. 33 (im ersten Teil); Nabokow S. 11; vgl. weiterhin auch Loening S. 49 (19).

b) Beim Versuch am absolut und am relativ untauglichen Objekt (in Oetkers Sinn, d. h. also am absolut untauglichen Objekt im gewöhnlichen Sinn) und beim Versuch mit relativ (absolut in gewöhnlichem Sinn) untauglichen Mitteln ist Scheindelikt gegeben: Oetker, Der Versuch. Im Ergebnis gleich v. Rohland a. a. O. S. 101, 102 und 110ff. (vgl. hierzu auch in der Zusammenstellung unten § 11 die Theorien unter Nr. 4).

c) Versuch am untauglichen Objekt und Versuch mit absolut untauglichen Mitteln: Putativdelikt: Temme, Schweiz. Strafrecht S. 177 (beachte zur Beleuchtung dieser Ansicht und ihres Verhältnisses zu b) unten die Anm. 1 S. 245 ff.).

Oetkers, Temmes und Rohlands Auffassung unterscheidet sich von Franks Ansicht durch die übereinstimmende Annahme eines Putativdelikts beim Versuch mit absolut untauglichen Mitteln. Diese Auffassung ist in diesem Punkte weiter als die Franksche.

Temmes Meinung weicht von der Oetkers und Rohlands dadurch ab,

Digitized by Google

Unsere Auffassung können wir wohl als mit der gemeinen Meinung übereinstimmend bezeichnen, wenn sie dahin geht, daß ein Putativdelikt dann vorhanden sei, wenn der betreffende Täter gegen eine Rechtsnorm verstoßen will, d. h. zu verstoßen glaubt, welche überhaupt in der Rechtsordnung nicht gegeben ist, wenn also eine Unmöglichkeit besteht, daß der Täter ein Recht, die Rechtsordnung, verletze.[1]) Es ist dies jener Fall, in dem sich der Delinquent die Rechtsordnung in seinem Geiste ganz falsch vorstellt, in welchem jene in seinem Kopf gegebene Rechtsordnung im einzelnen Fall von der de facto Rechtsordnung total abweicht.

Der Unterschied zwischen dem Putativdelikt und dem Versuch würde demgemäß in der Verschiedenheit des Irrtums liegen, welcher im ersten Fall auf die Rechtsordnung, im zweiten auf die Kausalität des Tuns, auf die Tauglichkeit der Handlung sich bezieht, in welchem letztern Fall der Täter natürlich auch einen rechtlich pönalisierten Erfolg herbeiführen will.[2])

Ist aber ein solches Putativdelikt strafbar oder nicht? Auf den ersten Blick hin könnte man allerdings glauben, daß eine subjektive Theorie diese Frage im ersteren Sinne beantworten müßte, da sich der Wille, der die Rechtsordnung verletzen wollte, objektiviert habe. Wenn wir aber auch zugeben, daß sich ein Wllle objektiviert hat, so ist es allerdings schon fraglich, ob dieser die Rechtsordnung verletzen wollte, d. h. ob wir die imaginäre Rechtsordnung ohne weiteres der tatsächlichen subsumieren dürfen, ob nicht die Tatsachen der weiter oben geäußerten Ansicht entgegenstehen.

Dieser Punkt ist aber nebensächlich, wenn wir uns nur in Erinnerung rufen, wie wir sowohl für den reinen als für den gemäßigten Sujektivismus den strafrechtlich relevanten Willen

---

daß Temme beim Versuch am untauglichen Objekt ganz allgemein Wahnverbrechen annimmt, während die andern genannten Autoren den Versuch am konkret untauglichen Objekt als strafbar behandeln.

[1]) So z. B. Stiegele a. a. O. S. 12; Meyer, Lehrbuch S. 26; v. Liszt, Lehrbuch S. 160 1. Über weitere Vertreter dieser Ansicht vgl. z. B. v. Liszt, Lehrbuch S. 160 Anm. 7. Hierher gehört neuerdings Berolzheimer, vgl. S. 384.

[2]) So auch neuerdings Beling S. 61.

Digitized by Google

resp. die Objektivierung bestimmten. Es ist klar, daß nur jener Wille in Betracht kommen kann, der auf einen im Gesetz pönalisierten Erfolg gerichtet war; der objektivierte Wille ist demgemäß jener Wille, der sich auf Verwirklichung eines rechtswidrigen Erfolges richtet und sich außerdem in der Außenwelt gezeigt hat; die Objektivierung muß naturgemäß den Willen in der Richtung auf einen bestimmten, in einem speziellen gesetzlichen Tatbestand mit Strafe belegten Erfolg erkennen lassen.[1])

Nun hat ja aber der Wille beim Putativdelikt gar nicht die Richtung auf einen solchen Erfolg, er richtet sich im Gegenteil auf eine Vollendung, die von der Rechtsordnung nicht berücksichtigt ist. Es ist daher zweifellos, daß die Objektivierung dieses Willens, daß der Wille selbst vollständig belanglos, strafrechtlich irrelevant ist. Es ist eben kein objektivierter Wille in unserem Sinne, ja es ist gar kein strafrechtlich relevanter Wille gegeben. Es kann daher auch keine Rede davon sein, daß die Rechtsordnung gegen einen solchen Willen zu reagieren brauche.

VI. Es wurde im bisherigen mehrmals hervorgehoben, daß untauglicher Versuch und **fehlgeschlagenes Verbrechen** oft miteinander verbunden, daß sie sich kreuzende Begriffe sind.[2]) Diese Behauptung kann aber eigentlich nur dann aufrecht erhalten werden, wenn wir von einem objektiven Standpunkt ausgehen; denn nach der subjektiven Theorie ist ja jeder Versuch untauglich, woraus folgt, daß eine Unterscheidung zwischen untauglichem Versuch und délit manqué ungerechtfertigt wäre; außerdem können aber auch innerhalb der einheitlich aufgefaßten, strafrechtlich relevanten Handlung keine Abstufungen gemacht werden, wird doch weder auf die sog. natürliche Handlung noch auf den Tatbestand, sondern lediglich auf den Willen Gewicht gelegt.[3])[4])

Über die Stellung des délit manqué sind, wie bekannt

---

[1]) Vgl. oben S. 175 ff., S. 206 a. E. ff.

[2]) Vgl. oben z. B. Anm. 2 S. 71.

[3]) Wir machten weiter oben darauf aufmerksam, daß ursprünglich die Wechselbeziehung zwischen untauglichem Versuch und délit manqué nicht bekannt gewesen sei, daß auch in neuerer Zeit diese Tatsache oft übersehen werde. Sollte diese Frage einmal einer eingehenden Erörterung unterzogen werden, so

Digitized by Google

sein sollte, verschiedene Ansichten ausgesprochen worden.[1]) Ein Teil der Schriftsteller rechnet das fehlgeschlagene Verbrechen zum Versuch, ein anderer, und hier ist hauptsächlich

---

wären die leitenden Gesichtspunkte folgende: Zunächst müßte naturgemäß festgestellt werden, welcher Theorie man bezüglich des untauglichen Versuchs, welcher man in betreff des délit manqué folgt, denn nicht immer wird in beiden Punkten demselben Prinzipe die Herrschaft überlassen. Abgesehen davon, daß man auch dann nicht außer acht lassen dürfte, daß eine objektive Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit keine scharfe Grenze ermöglicht, würden sich die Folgerungen etwa dahin zusammenfassen lassen:

a) Der Versuch wird rein objektiv bestimmt. Es kann hier, da die Grundauffassung falsch, demgemäß kein untauglicher Versuch bestraft wird, keine weitere Schlußfolgerung gezogen werden.

b) Der untaugliche Versuch wird nach absoluter und relativer Untauglichkeit geschieden.

Das délit manqué wird dagegen bestimmt:

α) subjektiv: „Der Täter hat alles getan, was er für nötig hielt". Hier kann sogar der absolut untaugliche Versuch délit manqué sein.

β) subjektiv-objektiv: „Der Täter hat alles getan, was man im allgemeinen für nötig halten muß".

Hierbei kann nur der relativ untaugliche Versuch délit manqué sein. Der untaugliche Versuch und das fehlgeschlagene Verbrechen werden sich fast decken. (Anders wäre es natürlich, wenn der Versuch nach der rein objektiven Theorie konkrete Tauglichkeit verlangen würde.) Wir kämen zu den Sätzen: Jeder relativ untaugliche Versuch ist délit manqué; jedes délit manqué ist relativ untauglicher Versuch. Ob allerdings der letzte Satz in dieser Allgemeinheit richtig ist, scheint mir zweifelhaft.

γ) objektiv: „der Täter muß alles getan haben, was de facto nötig ist". In diesem Fall decken sich Vollendung und délit manqué. Es kann also von einer Wechselwirkung zwischen untauglichem Versuch und délit manqué wegen des falschen Ausgangspunktes keine Rede sein.

c) Der Versuch wird rein subjektiv bestimmt. Da ist weder von untauglichem Versuch noch von fehlgeschlagenem Verbrechen zu reden möglich.

N. B. Ob bei unserer Betrachtung das délit manqué als außerhalb oder innerhalb des Versuchs stehend betrachtet wird, ist natürlich ganz gleichgültig.

4) Nabokow wirft gerade dem Subjektivismus vor, daß er zu der Trennung von beendetem Versuch und fehlgeschlagenem Verbrechen genötigt sei, vgl. S. 15. Dies kann u. E. so allgemein nicht richtig sein. Einem Subjektivismus, der ähnlich deduziert, wie wir es für Buri oben S. 212 nachgewiesen, könnte dieser Vorwurf vielleicht gemacht werden. Übrigens hätte für die Strafbarkeit des Versuchs eine solche Scheidung in einer subj. Theorie keinerlei Bedeutung.

[1]) Vgl. oben zu v. Liszt: S. 134ff.

Digitized by Google

die französische Doktrin zu nennen, sieht das fehlgeschlagene Verbrechen als außerhalb des Versuchsgebietes liegend an. Daß wir diese letztere Ansicht nicht teilen, haben wir früher schon dargelegt und können uns hier mit einem kurzen Verweis begnügen.[1]) Wir haben oben die Meinung geäußert, daß auch das délit manqué Versuch sei, da so lange Versuch angenommen werden müsse, als nicht der Erfolg eingetreten. Außerdem ist aber die Trennung von délit manqué und Versuch auch aus historischen Gründen unseres Erachtens ungerechtfertigt; endlich würde aber aus einer solchen Lehre hervorgehen, daß der untaugliche Versuch sowohl Versuch als auch Nicht-Versuch sein kann. Es könnte sich also fragen, ob dieses Stadium der verbrecherischen Handlung de lege ferenda überhaupt zu beachten sei, ob dieses fehlgeschlagene Verbrechen auch im Gesetz eine Regelung und, wenn diese Frage bejaht würde, welche Regelung es finden soll!

Unserer höchstpersönlichen Ansicht nach wäre nichts dagegen einzuwenden, wenn das délit manqué in einem Gesetzbuche keine besondere Erwähnung finden würde.[2]) In der von uns schon einmal hervorgehobenen, aber nicht empfohlenen Fassung: „Der Versuch kann milder bestraft werden als das vollendete Verbrechen" wäre alles Nötige enthalten. Dem Richter würden sicherlich dadurch keine großen Schwierigkeiten erwachsen. Mit Bezug auf bestimmte Umstände mag es aber doch besser sein, eine Regelung des fehlgeschlagenen Verbrechens zu geben, und diesen Fall angenommen, wollen wir noch etwas näher darauf eingehen.

Das délit manqué kann in einem Gesetz einer dreifach verschiedenen Regelung unterworfen werden; entweder kann diese subjektiv oder objektiv oder bei Berücksichtigung beider Standpunkte subjektiv-objektiv resp. objektiv-subjektiv sein. Es ist aber im Gegensatz hierzu auch schon der ganze Begriff des fehlgeschlagenen Verbrechens verworfen worden.[3])

---

[1]) Vgl. oben zu v. Liszt: S. 134 ff.

[2]) Ähnlich ist der Standpunkt Nabokows S. 9 und 15; vgl. zum folgenden auch oben Anm. 1 S. 221.

[3]) So z. B. von Carrara, vgl. bei Goldschmidt a. a. O. S. 37.

Digitized by Google

Eine extrem subjektive Regelung müßte dann von einem délit manqué sprechen, wenn der Täter alles getan hat, was ihm zur Herbeiführung des Erfolges notwendig erschien; eine rein objektive Theorie hingegen müßte das Gewicht auf das Kriterium legen, ob der Täter alles das getan hat, was de facto zur Vollendung nötig ist. Daß im ersten Fall schon ganz im Anfang des Versuchs unter Umständen délit manqué angenommen werden müßte, im zweiten aber das fehlgeschlagene Verbrechen mit der Vollendung zusammenfallen würde, ist hier nicht zum erstenmal hervorgehoben worden.[1]) Wiederum können wir also konstatieren, daß weder eine extrem subjektive noch eine extrem objektive Theorie ein befriedigendes Resultat zu geben imstande sind. „Das richtige Prinzip ergibt sich wiederum durch die Moderation des subjektiven Standpunkts durch ein Körnchen Objektivität."[2]) Einzig von einer gemischten Theorie kann die richtige Lösung getroffen werden und diese ist dann verhältnismäßig leicht.

Versuch ist nach unserer Theorie — wie schon bekannt — objektivierter Wille. Wie kann demgemäß das fehlgeschlagene Verbrechen bestimmt werden? Auf die Objektivierung sich stützend, wie wir sie oben aufgefaßt, könnte das ausschlaggebende Moment in den Umstand gelegt werden, daß aus ihr allein, aus der Objektivierung ohne Zuhülfenahme des Geständnisses, dasjenige Verbrechen ersichtlich sein müsse, welches zu begehen der Täter im Sinne hatte. Durch eine solche Bestimmung würde aber die Feststellung resp. Nichtfeststellung des fehlgeschlagenen Verbrechens vollkommen von dem Scharfblick des Richters, von der Gewandtheit desselben bei Auslegung der Objektivierung abhängen; es würde daher das fehlgeschlagene Verbrechen je nach der Person des Richters in ein und demselben Fall gegeben sein können oder auch fehlen. Würde man hingegen die Allgemein-Erkennbarkeit in die Bestimmung hineinnehmen, so wäre doch — wie wir schon zu Buri hervorgehoben haben — kaum jemals aus der Objekti-

---

[1]) Berner hebt diese Momente hervor in G.S. 1865 S. 87ff.

[2]) Vgl. Klee a. a. O. S. 51.

Digitized by Google

vierung allein die bestimmte gewollte Tat festzustellen möglich. Nimmt man hingegen an, daß das fehlgeschlagene Verbrechen dann vorliege, wenn der Wille sich in allen allgemeinem Urteile nach wesentlichen Punkten objektiviert habe, der Erfolg aber doch ausgeblieben sei, so wird man eine zweckmäßige Praxis mit Leichtigkeit ermöglichen. Der Wille ist dann eben in solchem Falle so weit gegangen, als er gehen konnte, als er der Gewohnheit gemäß gehen mußte, um den Erfolg herbeizuführen; der Täter hat die Macht über die Kausalität, die Möglichkeit der Einwirkung auf diese verloren, trotzdem ist der Erfolg nicht eingetreten.

Ein Beispiel wird unsere Ansicht noch erläutern:

Kauft sich A. einen Revolver, um B. zu erschießen, so ist hier, es sei denn der bestimmte ernstliche rechtswidrige Wille festgestellt, eine Vorbereitungshandlung zu irgend einer Tat gegeben; aus dem objektiv Vorliegenden ist eine bestimmte Richtung des Willens nicht sichtbar geworden. Versteckt sich A. an einem bestimmten Ort, legt er auf den des Weges kommenden B. an, so ist, vorausgesetzt daß der Tötungswille festgestellt ist — und hier kann er ja vermutet werden —, Versuch gegeben. Die Objektivierung unterstützt den Willen ebenso wie im ersten Fall. Immerhin hat sich aber A. der Macht der Einwirkung auf den Kausalismus noch nicht begeben, er hat den Willen noch nicht so objektiviert, daß alle wesentlichen Momente des Tatbestandes vergegenständlicht wären. Schießt hingegen A. auf den B. und fehlt die Kugel den B., so hat sich jedenfalls der festgestellte Tötungswille in allen wesentlichen Punkten objektiviert, er ist so weit gegangen, als er gehen konnte, ja er hat auch die Einwirkung auf den Kausalzusammenhang verloren. —

Ob nun beim délit manqué ein Rücktritt oder besser gesagt tätige Reue möglich ist oder nicht, diese Frage wird ja nach der Ansicht über den Umfang des Begriffes „fehlgeschlagenes Verbrechen“ sehr verschieden zu beantworten sein. Unsere Meinung geht dahin, daß eigentlich das délit manqué ein unzweckmäßiger Begriff und als solcher zu verwerfen ist, wenn nicht besondere Umstände für dessen Beibehaltung sprechen;

Digitized by Google

aus dem gleichen Grunde wären wir daher der Meinung, daß der alte Begriff der tentative manquée, welcher den ganzen beendigten Versuch mit Einschluß des fehlgeschlagenen Verbrechens umfaßte, praktisch eher empfehlenswert wäre. Bei dessen Annahme würde dann natürlich beim délit manqué (in diesem Sinn) sowohl einesteils tätige Reue möglich, als anderenteils ausgeschlossen sein.[1]) Die französische Doktrin hingegen mußte die obige Frage unbedingt verneinen.

Mit einigen Worten sei nun noch die Frage nach der Höhe der Strafe, welcher das fehlgeschlagene Verbrechen unterworfen werden soll, berücksichtigt. Wir stimmen in diesem Punkte vollkommen überein mit der in der letzten Zeit hauptsächlich vertretenen Ansicht, welche für das délit manqué nur fakultative Strafmilderung verlangt, also dem Richter die Möglichkeit belassen will, in solchen Fällen bis zur Vollendungsstrafe hinaufsteigen zu können.[2]) Darin liegt auch unseres Erachtens die einzig mögliche kriminalpolitisch vertretbare Lösung.

VII. Nachdem wir in obigem sowohl das Putativdelikt als das délit manqué einer kurzen Betrachtung unterworfen haben, werden wir noch einige wenige Worte mit Bezug auf den **Rücktritt vom Versuch** nicht unterschlagen können.[3]) Es ist auch hier unsere Absicht, auf weitere Kontroversen nicht einzugehen,

---

[1]) Der vorgeschlagene Begriff entspräche dem beendigten Versuch im älteren Sinn, d. h. dem delictum perfectum. Vgl. Berner, G.S. 1865, welcher den „beendigten Versuch" stets so faßt, ohne das délit manqué davon zu scheiden (offenbar unwillkürlich); Klee a. a. O. S. 50, 51. — Allerdings ist eine mehr terminologische als sachliche Scheidung von jener Ansicht, die das délit manqué im modernen Sinn auffaßt, durch unsere obige Forderung eingeführt.

[2]) Bezüglich einiger Autoren, welche dieser Ansicht sind vgl. unsern Teil III § 11 i. d. entspr. Anm.; a. A. Berner, G.S. 1865 S. 83, 101 (vgl. Anm. 1 S. 237.).

[3]) Bezüglich des Rücktritts vgl. besonders die folgenden Werke: Herzog, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, besonders III. Teil, S. 146—192, wo die verschiedenen Ansichten über den Grund der Straflosigkeit genau registriert sind; Hatzig, Über den Rückritt vom Versuch etc.; Gallet a. a. O. S. 299 ff.; wo auch Literatur und Gesetzgebung über diese Frage in weiterem Umfang angegeben ist; Alimena, Ricerche S. 545 ff., wo die Gesetzgebung und die Streitfragen gründliche Berücksichtigung gefunden haben; Kohler a. a. O. § 9; Klee, a. a. O. Kap. IX; Stooß, Schweiz. Str.G.B. S. 45 ff.; Stooß, Grundzüge S. 219 ff.

Digitized by Google

sondern nur das hervorzuheben, was speziell in den Rahmen unserer Arbeit gehört, d. h. kurz die Stellung des Rücktritts in unserer Versuchstheorie zu markieren.

Es ist gegenüber der subjektiven Theorie der Vorwurf erhoben worden, daß sie die strafaufhebende resp. strafausschließende[1]) Wirkung des Rücktritts nicht zu erklären vermöge. „Sei einmal der Wille vorhanden gewesen, so müsse auch eo ipso die Strafe eintreten; denn daß dieser kundgegebene Wille hintennach wieder negiert werde, sei kein Grund, die Strafe vollkommen ausfallen zu lassen.“[2])

Soweit sich dieser Vorwurf auf die subjektiven Theorien bezieht, ist er sicher richtig und angebracht; wir möchten aber doch aufmerksam machen, daß er ebenso gut gegen den reinen Objektivismus vorgebracht werden kann. Auch diese letztere Theorie müßte strafen, sobald der Täter irgend einen „Anfang der Ausführung“ verbrochen hat, und sie könnte diesen nicht deshalb straffrei lassen resp. straffrei werden lassen, weil er besagten Anfang nicht weiter geführt, denn es genügt, daß der Anfang einmal gegeben gewesen sei.[3])

Wie verhält sich nun die Frage des Rücktritts bei einer Theorie, welche den objektivierten Willen zum Ausgangspunkt ihrer Deduktionen genommen hat?

So viel haben wir schon oben ausgeführt, daß wir es für falsch halten, beim Versuch immer eine Präsumtion des Nicht-Rücktritts anzunehmen,[4]) denn eine solche ist im Recht nicht gegeben; das Recht betrachtet nicht die Vollendung allein als das eigentlich Strafbare; die obige Vermutung wird vielmehr von den verschiedenen Autoren, die sie gebrauchen, nur zu

---

[1]) Es dürfte bekannt sein, daß der Rücktritt je nach dem einzelnen Gesetz als Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgrund aufzufassen ist.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 24, 25; Nabokow, S. 13, 16 (modifiziert).

[3]) So schon Mittermaier im N.A. I. S. 200; dann v. Buri, G.S. 1867 S. 77, 62; Klee a. a. O. S. 44; Herzog a. a. O. S. 172. Daß diese Ansicht richtig, beweist z. B. die Stellung Geyers zum Rücktritt, vgl. Erörterungen S. 87.

[4]) Diese Annahme verteidigen: Lammasch a. a. O. S. 68ff; Horn a. a. O. S. 319, 320; Herzog a. a. O. S. 155ff.; Eisenmann a. a. O. S. 482, 483; Klee a. a. O. S. 45. — Ähnlichen Gedankengängen folgt: Berolzheimer S. 388, 389.

Digitized by Google

dem Zweck aufgestellt, um die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts aus dem Recht selbst erklären zu können.

Gegen einen dem gemäßigten Subjektivismus gemachten Vorwurf möchten wir uns jedoch noch kurz verteidigen, gegen den Vorwurf, diese Theorie dürfe erst das délit manqué strafen, weil erst bei diesem der Wille als ernstlicher aufgefaßt werden könne.[1]) Damit wird dem Subjektivismus etwas untergeschoben, was er nicht verlangt, das Postulat einer „volonté irrévocable".[2])

Wir haben schon weiter oben darauf aufmerksam gemacht, daß ernstlicher und unwiderruflicher Wille nicht das gleiche seien, gehen daher an diesem Orte näher auf die Konsequenzen, welche bei Richtigkeit des obigen Einwandes entstehen würden, nicht ein.

Uns genügt die Objektivierung des Willens, nach dieser ist der Täter der Strafe verfallen und zwar ein für allemal verfallen, und deshalb kann unseres Erachtens auch die Wirkung des Rücktritts auf die Bestrafung nur als eine positiv-rechtliche, nicht als eine im Recht, im „Naturrecht", begründete angesehen werden.[3])

Ist aber die sehr weitgehende Wirkung, welche der Rücktritt heutzutage auf die Strafbarkeit ausübt, gerechtfertigt? Ist in einem Gesetzbuch der Rücktritt wieder als Strafausschließungs- resp. Strafaufhebungsgrund festzustellen?[4]) Wir können nur bejahend antworten, denn diese Folgerung entspricht sowohl den Anforderungen der Kriminalpolitik wie der allgemeinen Auffassung, die im Volke herrscht. Eine Regelung,

---

[1]) Dies wird den Subjektivisten vorgeworfen von Klee a. a. O. S. 49; ähnlich Bünger a. a. O. S. 357 (von seiner Bestimmung des Willens aus folgernd); dagegen v. Buri, G.S. 1888 S. 529.

[2]) Vgl. Saleilles a. a. O. S. 24.

[3]) A. A. natürlich die eben in Anm. 4 S. 238 Genannten; auch Gretener, Russ. Entwurf S. 170. Übereinstimmend mit uns: Hatzig a. a. O. S. 82; vgl. auch v. Liszt, Lehrbuch S. 192 Anm. 1; Baumgarten S. 468 ff.; Geyer, Erörterungen S. 87 (von seinem speziellen Standpunkt aus); Osenbrüggen S. 37.

[4]) Über die verschiedenen Ansichten vgl. Alimena, Ricerche S. 548, 549 und die diesbezüglichen Anmerkungen; Gallet a. a. O.; Herzog a. a. O.; Hatzig a. a. O. Für Straflosigkeit tritt neuerdings ein: Nabokow S. 11 und 16.

Digitized by Google

welche auf die Motive des Rücktritts Rücksicht nehmen würde,[1]) wäre ja idealer zu nennen, könnte aber wegen der allzu großen Schwierigkeiten, welche dadurch dem Richter aufgebürdet würden, für die Praxis kaum nutzbar gemacht werden.

Die Frage, ob tätige Reue beim délit manqué möglich sei, ist schon am diesbezüglichen Ort gestreift worden und braucht hier nicht nochmals der Erörterung unterzogen zu werden.[2]) Einige wenige Worte möchten wir jedoch der Betrachtung des Punktes widmen, ob beim untauglichen Versuch die Möglichkeit eines Rücktritts resp. tätiger Reue besteht.

Da der untaugliche Versuch meistens fehlgeschlagenes Verbrechen ist, so sollte man glauben, daß ein Rücktritt im weiteren Sinne dabei unmöglich sei. Zu dieser Schlußfolgerung bekennen sich denn auch v. Buri und Geyer, wenn sie darauf aufmerksam machen, daß beim untauglichen Versuch von einer Erfolgsabwendung nicht die Rede sein könne.[3]) Entgegengesetzter Ansicht ist aber Kohler.[4])

Allerdings gibt ja auch dieser Autor zu, daß in jenen Fällen, in denen der untaugliche Versuch zugleich délit manqué ist, von einem Rücktritt im weiteren Sinne nicht die Rede sein könne.

Bei nichtbeendigtem und beendigtem Versuch im engeren Sinne hält er dagegen einen Rücktritt für möglich und sieht diesen beidemal in der „Aufklärung und Enthüllung" der Wahrheit, welche so zeitig käme, daß im Falle der Tauglichkeit der Erfolg abgewendet werden könnte.

Wie stellt sich aber Kohler diese Erklärung vor, wenn der Täter an sich selbst den Versuch vorgenommen?

Würde durch seine Kriterien nicht dem Verbrecher eine Pforte geöffnet, durch welche er dem Strafrichter ungerechtfertigterweise entschlüpfen könnte?

Würde nicht jeder Verbrecher eine solche Erklärung ab-

---

[1]) Darüber vgl. Gallet a. a. O. S. 305 ff. No. 131.

[2]) Vgl. oben S. 236 a. E., 237.

[3]) Vgl. v. Buri, Z. I 1881 S. 198 (vgl. auch Havenstein S. 63).

[4]) Kohler a. a. O. S. 39, 40.

Digitized by Google

geben, sobald er sieht, daß wahrscheinlicherweise der Erfolg nicht eintreten wird?

Ob Kohlers Kriterien eine zweckmäßige Lösung der Frage enthalten, scheint zweifelhaft; weiter auf dieses schwierige Problem einzugehen, verbietet uns jedoch der Rahmen dieser Arbeit. Es sei daher nur noch kurz hervorgehoben, daß wir den Rücktritt als Strafausschließungsgrund betrachten und beim untauglichen Versuch die Möglichkeit der Annahme eines solchen aus den oben angegebenen Gründen auch wegen der Zweifel, die gegenüber Kohlers Ansicht auftauchen, bestreiten. — Hiermit wäre unsere ganze persönliche Ansicht dargelegt. Es erübrigt demgemäß nur noch rekapitulierend das Wesentliche in einige kurze Sätze zu fassen. Diese wiederum können folgendermaßen formuliert werden:

1. Jeder Versuch ist strafbar; doch soll bei diesem die Strafe in der Regel eine mildere sein als die des vollendeten Verbrechens;
2. Straflos bleibt nur jener Versuch, bei dem die Wahl des Objektes, an welchem, oder des Mittels, mit welchem das Verbrechen begangen werden sollte, auf „grober Unwissenheit“ oder „rohem Aberglauben“ beruht: Straflos wird der Versuch bei „Rücktritt“ und „tätiger Reue“.

   Straflos bleibt außerdem naturgemäß das Putativdelikt.
3. Die Strafe des untauglichen Versuchs soll noch milder sein als die des gewöhnlichen Versuchs. Dem Richter muß aber die Möglichkeit belassen bleiben, auch in ersteren Fällen bis zur Strafe des gewöhnlichen Versuchs hinaufsteigen zu können.
4. Das fehlgeschlagene Verbrechen — wird es überhaupt gesetzlich geregelt — steht mit seiner fakultativen Strafmilderung zwischen gewöhnlichem Versuch und Vollendung. Wird es nicht gesetzlich geregelt, so würde sich diese Stellung wohl von selbst ergeben. —

Kurz könnte bezüglich der relativen Strafbarkeit (No. 1, 3, 4)

Digitized by Google

das Maßgebende auch in die Worte zusammengefaßt werden, welche das St. Gallische Strafgesetzbuch braucht:

Art. 30: „Der Versuch wird je nach dem Grade des Vorsatzes, der Betätigung zur Ausführung und der Gefahr für die bedrohte Person oder Sache[1]) mit einer niederern als der auf die Vollendung gesetzten Strafe oder auch mit einer milderen Strafart bestraft."

Aber auch mit Lammaschs Theorie stimmen wir in allen wesentlichen Punkten überein, abgesehen von dem Umstand, daß er die relative Strafbarkeit des untauglichen Versuchs jener des tauglichen gleichstellt.

Gerade in dieser Abweichung vom genannten Autor und in der Zustimmung zur St. Gallischen Regelung zeigt sich aber ein Grundzug unserer Bemühungen bei dem Versuche, eine praktisch brauchbare Lehre aufzustellen. Es sollte eine allmähliche Abstufung der Strafe von der Vollendung bis zum absolut untauglichen Versuch (im alten Sinn!) ermöglicht werden, zugleich damit aber auch eine eingehende Individualisierung der Strafe. Es sollte auf dem Wege fortgeschritten werden, den die meisten Autoren gegangen sind, es sollte unser Streben nach einem solchen allmählichen Übergehen, nach einer gerechten, der ethischen Schuld entsprechenden Bestrafung sich vereinigen mit dem das gleiche Ergebnis bezweckenden Streben der Doktrin im allgemeinen.

Sollte unsere Arbeit in dieser Beziehung von irgend welchem Nutzen sein können, sollte sie zu ihrem Teil mitgeholfen haben an der Aufklärung dieses Problems, so wäre unsere Mühe überreichlich belohnt.

---

[1]) Hier würde bei uns die „Gefahr für die Rechtsordnung" eintreten.

Digitized by Google

§ 11. Anhang.

Kurze Zusammenstellung der verschiedenen Theorien betreffend die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, geordnet nach Autoren.[1])

I. Objektive Theorien.

1. Rein objektive Lehre.

a) Tatsächliche Vertreter der rein objektiven Lehre. Die Konsequenz: „jeder untaugliche Versuch ist straflos“ wird im weitesten Umfang aufrechterhalten.

Blanche, vgl. oben § 2, II, S. 68 Anm. 2.
Cheauveau et Hélie, vergl. ebenda; dazu Garçon a. a. O.

---

[1]) Ohne weiteres wird es einleuchten, daß bei einer solchen Zusammenstellung der Autoren verschiedenster Theorien die Einteilung nach weiten, umfassenden Gesichtspunkten vorgenommen werden muß, daß es ein Ding der Unmöglichkeit ist, die Nüanzierungen der einzelnen Lehren dabei hervortreten zu lassen. Andererseits sollte allerdings gegenüber den gewohnten Lehrbucheinteilungen eine Spezialisierung, soweit eine solche möglich, versucht werden, und diesem Umstand möge man es zu gute halten, sollten der eine oder der andere Autor nicht an der gleichen Stelle eingereiht sein, als es von anderer Seite schon geschehen ist oder noch geschehen wird. —

Außerdem sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß sich diese Zusammenstellung naturgemäß im großen und ganzen auf diejenigen Schriftsteller beschränkt, die wir bei unserer Arbeit näher berücksichtigt haben und die daher auch im Literaturverzeichnis angeführt sind. Soweit deren Theorien von uns oben oder auch in älteren fremden Arbeiten näher besprochen wurden, soweit sie andererseits unmittelbar in eine unserer Einteilungskategorien passen, werden wir uns zweckgemäß auf kurze diesbezügliche Verweisungen beschränken. Nur dort, wo die Subsumierung einer Theorie Zweifeln unterliegt, oder diese wesentlich andere Argumente vorbringt, als sie der Durchschnitt der in der betreffenden Kategorie zusammengefaßten übrigen Lehrmeinungen aufweist, nur dann werden wir etwas näher auf die betreffende Lehre eingehen. —

Bezüglich weiterer Zusammenstellungen sei noch verwiesen auf die oft zitierten Schriften: Alimena, Ricerche S. 541, 542; Geib a. a. O. S. 306ff.; Rubo, G.S. 1865, S. 1ff.; Garçon a. a. O. S. 24ff; Olshausen a. a. O. § 43 No. 19—23; Benevolo a. a. O. S. 64, 66, 67; Tuozzi a. a. O. S. 175, 176 — und die verschiedenen Lehrbücher des Strafrechts.

Digitized by Google

S. 24 No. 109, wo Ch. et H. ebenfalls zu den Reinobjektivisten gestellt werden. A. A. Alimena, Ricerche S. 541 Anm. 6, wo Ch. et H. zu Mittermaiers Theorie im weiteren Sinne gezählt werden.[1])

Cohn, vgl. oben § 2, II, S. 69 Anm. 1. Zu Cohn vergl. v. Buri, G. S. 1880 S. 334; v. Liszt in Z. I 1881 S. 93 fg., vgl. auch Z. I S. 164.

Geyer, vgl. oben § 2, II, S. 69 Anm. 1. In seinen Erörterungen (S. 52 ff., 59 ff., 62 ff., 65 ff., vgl. speziell S. 68, dann S. 69 ff.,) nimmt Geyer einen etwas modifizierten Standpunkt ein, da sich seine Ausführungen auf positives österreichisches Strafrecht beziehen. Zu Geyer siehe auch Havenstein S. 48 ff.

Harris, vgl. oben § 2, II, S. 73 Anm. 3. Unserer Ansicht entsprechend auch Alimena, Ricerche S. 542.

Pfenninger, vgl. oben § 2, II, S. 68 Anm. 1.

Rossi, vgl. oben § 2, II, S. 68 Anm. 2. Entsprechend Garçon a. a. O. S. 24 No. 109. A. A. Geib a. a. O. S. 309, nach welchem Rossi zu Mittermaier a) gehört.

Rubo, vgl. oben § 2, II, S. 68 Anm. 1.

Shirley-Atkinson, vgl. oben § 2, II, S. 73 Anm. 3.

Cornaz, gemäß seiner in der Expertenkommission zu einem schweiz. St. G. B. eingenommenen Stellung; vgl. oben Teil I S. 34 und S. 45 Anm. 2.

b) Scheinbare Vertreter der rein-objektiven Lehre; der Ausgangspunkt der Theorie ist rein-objektiv, in den Konsequenzen decken sich jedoch die hier vertretenen Ansichten mit der Mittermaierschen und zwar: bei Zachariae und Ortolan durch Ausscheidung der relativen Untauglichkeit, der Unzulänglichkeit, aus dem Gebiet

---

[1]) Da uns nicht sämtliche Auflagen der verschiedenen Werke zur Verfügung standen, so führen wir ganz allgemein die von der unserigen abweichenden Ansichten über die Stellung einzelner Schriftsteller an, ohne deren Richtigkeit oder evtl. Unrichtigkeit irgendwie näher in Betracht zu ziehen, wird doch die Verschiedenheit der Ansicht sehr oft gerade darauf beruhen, daß sich die betreffenden Autoren auf ältere Auflagen zitierter Schriften stützen.

Digitized by Google

und Begriff der Untauglichkeit, vgl. oben § 3, I, S. 76 Anm. 2 und S. 77 Anm. 1.

bei Berner infolge rein praktischer Beweggründe, vgl. oben § 3, I, S. 76 Anm. 2 und 3.

Tuozzi gehört außerdem noch zu dieser Gruppe, vgl. oben § 3, I, S. 76 Anm. 2.

2. Feuerbachs Theorie.

Feuerbach, vgl. oben § 2, I, S. 63 ff.; von Geib a. a. O. S. 309 wird Feuerbach zu Mittermaier a) gestellt; zu Mittermaier im weiteren Sinne von Alimena, Ricerche S. 541.

3. Die Mittermaier'sche Richtung.[1])

a) Der Versuch am untauglichen Objekt ist stets straflos. Beim Versuch mit untauglichen Mitteln ist zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit zu unterscheiden (Mittermaiersche Richtung im engeren Sinne):

---

[1]) Wir haben hier die Mittermaiersche Theorie i. w. S. in zwei Unterabteilungen eingeteilt, deren Zusammenhang, deren gegenseitiges Verhältnis mit einigen Worten noch erläutert werden muß.

Zunächst sei jedoch noch hervorgehoben, daß wir ebenso gut bei der Mittermaierschen Richtung eine Dreiteilung hätten vornehmen können, wobei dann mehrere der in No. 4 zusammengestellten Schriftsteller unter c) hätten vereinigt werden können. Doch schien sich die Aufstellung einer eigenen umfassenden Gruppe jener Autoren, welche zwischen Tat- und Rechtsunmöglichkeit unterscheiden, von selbst zu empfehlen. —

Betrachten wir nun den Unterschied zwischen Mittermaiers Theorie i. e. S. u. der unter b) eingeführten Lehre Mittermaierscher Richtung, damit aber zugleich auch den Unterschied der ersteren gegenüber jenen Theorien, welche bezüglich der Strafbarkeit resp. Straflosigkeit auf Tat- und Rechtsunmöglichkeit basieren, Mittermaier aber nahe stehen (über das Verhältnis von Mittermaier b) zu den Theorien, welche Rechts- und Tatunmöglichkeit unterscheiden, vgl. unsere Anm. 1 S. 270 ff.), so wird das Augenmerk naturgemäß nur auf den Versuch am untauglichen Objekt zu richten sein, unsere Ausführungen aber — dies mag gleich gesagt sein — werden wiederum im wesentlichen auf die Begründung der einzelnen Maßnahmen sich stützen müssen, sind doch die sachlichen Konsequenzen der angeführten Richtungen im großen und ganzen die gleichen.

Der springende Punkt dieser Erörterung liegt in der Frage: Warum läßt Mittermaier den Versuch am untauglichen Objekt im weitesten Sinne straffrei? — Das Vorhandensein einer Gefahr kann er in den Fällen eines

Digitized by Google

Mittermaier, vgl. oben § 3, II, S. 78 Anm. 3, auch S. 80 Anm. 1.

Jenull, vgl. oben § 3, II, S. 78 Anm. 3; von Benevolo a. a. O. S. 66 No. 51 wird Jenull zu den Subjektivisten gezählt.

Versuchs am relativ untauglichen Objekt doch nicht negieren?! — Sollte sich demnach die Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt im weitesten Sinne bei näherem Zusehen doch als illusorisch erweisen, indem z. B. der Versuch am relativ untauglichen Objekt zum „tauglichen Versuch" gezählt, oder der erstere Versuchstypus zum Versuch mit relativ untauglichen Mitteln gestellt würde? Dann allerdings wären die Theorien Mittermaier a) und b) auch bezüglich des Objektes gleichzustellen; dann aber würde wiederum Mittermaier a) durch eben diese Gleichheit mit b) in den angezogenen Punkten auch mit den zwischen Rechts- und Tatunmöglichkeit unterscheidenden Theorien zusammenfallen (vgl. Anm. 1 S. 270 ff.). Überdies wäre sodann der Grundsatz: „Der Versuch am untauglichen Objekt ist straflos" (vgl. Geib a. a. O. S. 308 7. Ansicht; Alimena, Ricerche S. 542 Abs. 2; Temme, Lehrbuch S. 122 Anm. 1 zu Berner) als ungenau zurückzuweisen. Ganz dasselbe würde aber auch dann folgen, wenn Mittermaier a) die dritte Möglichkeit einer Begründung der Strafbarkeit resp. Straflosigkeit im Hinblick auf Rechts- resp. Tatirrtum anwenden würde. Dies darf aber zu Mittermaiers Zeit wohl als unwahrscheinlich betrachtet werden.

Es scheinen nun aber doch einige Autoren, so z. B. Zachariae (a. a. O. S. 233), die Straflosigkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objekt aus dem Grunde zu befürworten, weil ein Mangel am Tatbestand vorliege, und dieser Umstand wiederum würde hinsichtlich des relativ untauglichen Objekts auf Strafbarkeit, begründet im Dasein bloß tatsächlicher Untauglichkeit, schließen lassen. Damit würde sich aber auch die Tatsache ohne weiteres vereinigen lassen, daß Zachariae solche Fälle — ich schließe dies aus S. 250 Anm. 3 — zu den relativ tauglichen Mitteln zählt.

Jenull S. 155, 156; Geib S. 308—310; Ortolan S. 454, Temme, Schweiz. Str.R. S. 177; Pessina hingegen, sie alle berühren die Frage der Strafbarkeit resp. Straflosigkeit des Versuchs am untauglichen Objekt nicht in dem Maße, daß im vorliegenden Punkte eine Entscheidung möglich wäre. Und selbst Mittermaier — man beachte N.A. Bd. I S. 183 bis 199, N.A. Bd. 4 S. 103 bis 106, N.A. Bd. 10 S. 550 ff.; G.S. 1859 S. 403—450, Feuerbach, Lehrbuch 1847 § 42 Note 8, 9 — gibt uns hierüber keine genügende Auskunft. Alimena aber, welcher die in unserer Einteilung zu Grunde gelegte Verschiedenheit S. 541, 542 hervorzuheben scheint, gibt die Gründe dieser Unterschiede auch nicht an.

Ist also — wir wiederholen die Frage — ist bei der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs im Sinne von Mittermaier a) auch der Versuch am relativ untauglichen Objekt als straffrei zu betrachten?

Unsere Ansicht in dieser Frage geht dahin, daß es kaum wahrscheinlich sei, daß die zitierten Autoren auch diese Versuchsart straflos ge-

Digitized by Google

Zachariae, vgl. oben § 3, II, S. 78 Anm. 3.

Ortolan, vgl. ebenda; Saleilles stellt Ortolan zu Mittermaier b), vergl. Saleilles a. a. O. S. 42.

Temme, vgl. oben § 3, II, S. 78 Anm. 3; bei dieser Subsumtion stütze ich mich auf Temmes Schweizerisches Strafrecht: S. 176, 177. Von Geib a. a. O. S. 308 und Haelschner, System I S. 187 Anm. 6 wird Temme den Rein-Objektivisten zugezählt. Da sich die genannten Autoren auf Temme, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts beziehen, muß man ihnen zustimmen. In diesem vertritt Temme die rein objektive Theorie.

Geib, vgl. oben § 3, II, S. 78 Anm. 3.

Pessina, vgl. ebenda.

Langenbach, vgl. ebenda.

---

lassen hätten. Die Straflosigkeit eines solchen Versuchs würde doch kaum in die betreffenden Systeme passen. Und gibt uns nicht Zachariae einen Fingerzeig? Diesem die nötige Beachtung zu schenken wird aber um so mehr angebracht sein, als er neben der in der neuestens erschienenen Langenbachschen Schrift vertretenen gleichen Ansicht, der einzige Hinweis auf eine bestimmte Begründung der Strafbarkeit des Versuchs am relativ untauglichen Objekt ist. Einzig Zachariae und Langenbach sind es also, welche den relativ untauglichen Versuch beim Objekt ausdrücklich zum Versuch mit relativ untauglichen Mitteln zählen, welche diesen Versuchstypus ausdrücklich als strafbar erklären. (vgl. auch oben Anm. 3 S. 78; unten No. 4: Hagemann, der gleicher Ansicht zu sein scheint wie Z. u. L., von uns aber erst bei der Schlußbearbeitung im Jahre 1903 berücksichtigt wurde.)

Können wir demgemäß in diesem Punkte nicht zu einem ganz sicheren allgemein gültigen Ergebnis gelangen, so dürfen wir doch sicherlich so viel als festgestellt erachten: Es ist als sicher anzunehmen, daß auch nach der Mittermaierschen Theorie im engeren Sinne der Versuch am relativ untauglichen Objekt als strafbar betrachtet werden muß. Die wahrscheinliche Begründung einer solchen Konsequenz liegt aber in dem Umstand, daß der Versuch am relativ untauglichen Objekt zum Versuch mit relativ untauglichen Mitteln gezählt worden ist.

Die Theorie a) und b) bei Mittermaier stimmt also in ihren Konsequenzen überein, lediglich die Begründung ist verschieden; die bei a) vorangestellte Bemerkung: „Der Versuch am untauglichen Ort ist straflos“ ist daher, wie schon angedeutet, cum grano salis zu verstehen. —

Durch diese Erörterung wird aber die Tatsache deutlicher geworden sein, daß die in Betracht gezogenen Kategorien völlig ineinander übergehen, und somit eine Einteilung von vornherein als willkürlich zu betrachten ist.

Digitized by Google

b) Sowohl beim Versuch mit untauglichen Mitteln als beim Versuch am untauglichen Objekt wird die Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit gemacht.

Stiegele, vgl. a. a. O. S. 9 ff.; allerdings handelt dessen Arbeit lediglich über die Begriffe „tauglicher und untauglicher Versuch", nicht über die Strafbarkeit dieses Versuchstypus.

Berner, vgl. oben § 3, II, S. 79 Anm. 1; Berner wird von Geib a. a. O. S. 309 und von Rubo, G. S. 1865 S. 34 zu Mittermaier a) gestellt. Gleicher Ansicht wie wir scheint Temme zu sein: vgl. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts S. 122. Bekannt ist, daß Berner zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit noch ein neutrales Zwischengebiet anerkennt.

Carrara, vgl. oben § 3, I, S. 79 Anm. 1.

Alimena, vgl. ebenda.

H. Meyer, vgl. ebenda; (vgl. bezüglich dieses Schriftstellers auch seine etwas unklaren und unsicheren Darlegungen S. 43 im „Anfang der Ausführung").

Französ. Kassationshof, vgl. ebenda.

Tuozzi, vgl. oben § 3, II, S. 79 Anm. 1; auch S. 80 Anm. 1. Tuozzi macht die Unterscheidung zwischen: a) Unmöglichkeit des Erfolgseintritts gemäß der Natur des Deliktes, welches herbeigeführt werden soll, und b) Unmöglichkeit des Erfolgseintritts gemäß der Natur der Mittel, welche angewendet werden.

Zu a) sind als Unterabteilungen auseinander zu halten:

α) Fälle, in denen der Erfolg „fisicamente impossibile" ist und

β) solche, in denen er legalmente impossibile". Ist ein Delikt „fisicamente impossibile", so bleibt der Täter stets unverantwortlich, ob er die tatsächliche Vorliegenheit kannte oder nicht. Ein Delikt ist andererseits „legalmente impossibile", wenn Bedingungen, welche das positive Gesetz für jenes verlangt, in der Person des Täters nicht vorhanden sind (vgl. bisher Tuozzi a. a. O. S. 173).

Digitized by Google

Zu b) Beim Mittel wird die Unterscheidung in relative und absolute Untauglichkeit gemacht.

Das italienische Strafgesetz verlangt nun zum Versuch ausdrücklich „mezzi idonei"; folgt daraus, daß der untaugliche Versuch straflos bleiben muß (S. 174). Als untauglicher Versuch ist aber nur der absolut untaugliche anzusehen (vgl. S. 175, besonders Abs. 2). Daraus folgt wiederum:

a') absolute Untauglichkeit der Natur des Deliktes nach, folglich Straflosigkeit in diesem Fall ist gegeben, wenn das Objekt fehlt (S. 175); relative Untauglichkeit und folgegemäß Strafbarkeit ist zu konstatieren, wenn das Objekt vorhanden, im konkreten Fall aber untauglich ist;

b') beim Mittel bietet die Feststellung der relativen resp. absoluten Untauglichkeit weiter keine Schwierigkeiten (S. 175), obschon, wie Berner richtig hervorgehoben, ganz allgemein eine scharfe Grenze in solcher Scheidung nicht möglich ist (S. 177). —

Zu Tuozzis Theorie ist nicht viel zu bemerken. Eigentümlich berührt die Einschränkung der legalen Unmöglichkeit auf die Fälle eines Mangels im Subjekt (vgl. oben), ebenso eigentümlich ist die Voranstellung der Scheidung in Delikte, deren Erfolg „fisicamente impossibile" ist einerseits, andererseits in solche, bei denen der Erfolg „giuridicamente impossibile", da doch diese Differenzierung bei der Frage nach der Strafbarkeit resp. Straflosigkeit des Versuchs — und darum handelt es sich doch hier allein — bei Tuozzi keine unmittelbar maßgebende Rolle zu spielen hat. Außerdem sei noch darauf aufmerksam gemacht, daß auch bei einer Tat, deren Erfolg „fisicamente impossibile" ist, der Täter doch offenbar erst dann als unverantwortlich zu betrachten ist, wenn diese Unmöglichkeit eine absolute ist; wird doch der Versuch anderenfalls als ein tauglicher und demgemäß auch als strafbarer betrachtet werden müssen.

Unseres Erachtens wirkt in den Darlegungen Tuozzis der Umstand geradezu verwirrend, daß er zunächst die

Digitized by Google

Ansicht äußert, das Delikt könne „seiner Natur nach“ „fisicamente“ oder „legalmente impossibile“ sein, später aber fortfährt: „bezüglich der Natur des Deliktes“ sei dann absolute Untauglichkeit gegeben, wenn . . . . . ; dann relative, wenn . . . . (vgl. oben zu a'). Diese Terminologie: „bezüglich der Natur des Deliktes“ in den beiden genannten Beziehungen verleitet zu allerlei Kombinationen, in Verhältnis-Setzungen zweier Einteilungsreihen, welche bei Tuozzi unmittelbar jedenfalls nichts miteinander zu tun haben. Unwillkürlich fragt man sich: „Ist denn nur beim Objekt die Scheidung in rechtliche und tatsächliche Untauglichkeit möglich? Müssen die Scheidungen relativ und absolut untauglich, rechtlich und tatsächlich unmöglich als parallel laufend aufgefaßt werden? Könnte man also auch statt „absolut“ „rechtlich“, statt „relativ“ „tatsächlich“ unmöglich einsetzen?

Auf den ersten Blick hätte es ja wohl den Anschein, als ob die Scheidung nach Rechts- und Tatunmöglichkeit sich lediglich auf das Objekt bezöge, spricht doch Tuozzi im zweiten Fall (a'), in welchem er die „natura del delitto“ anführt, von der relativen und absoluten Untauglichkeit des Objekts (S. 175), und liegt es daher doch sehr nahe, auch den ersten Fall (a), in welchem der Ausdruck „bezüglich der Natur des Deliktes“ gebraucht wird, lediglich auf das Objekt zu beziehen, mit andern Worten Rechts- und Tatunmöglichkeit nur beim Objekt gelten zu lassen.

Nun ist aber die Scheidung in rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit sicher auch beim Mittel möglich, sobald zu einem Delikt ein bestimmtes Mittel postuliert wird; da diese Forderung jedoch nur bei ganz wenigen Delikten erhoben wird, so ist auch besagte Differenzierung bezüglich des Mittels nur höchst selten anwendbar. Es ist daher zweifellos ganz angebracht, die betreffende Scheidung nach Rechts- und Tatunmöglichkeit auf das Objekt zu beschränken, und in diesem Sinne glauben wir denn auch Tuozzis Äußerungen auslegen zu müssen, kann man doch kaum annehmen, daß der Autor die

Digitized by Google

Möglichkeit besagter Trennung beim Mittel übersehen hätte.

Allerdings scheint das auf S. 173 angeführte Beispiel prima facie gegen unsere Auslegung zu sprechen, ist doch darin ein Fall tatsächlicher Untauglichkeit bezüglich des Mittels angeführt (Revolverschuß gegen eine Mauer, um das dahinter stehende Objekt zu töten), damit aber auch die Scheidung nach rechtlicher und tatsächlicher Unmöglichkeit auf das Mittel übertragen. Ob aber dieses Beispiel auch so aufgefaßt werden darf, wie wir es eben dargelegt, ist zum mindesten zweifelhaft; wir glauben sogar, daß man es verneinen kann, handelt es sich doch um einen Versuch am relativ untauglichen Objekt ebenso sehr, wie um einen Versuch mit relativ untauglichen Mitteln, Formen, die ja stets zusammenfallen werden.

Halten wir also daran fest, daß Tuozzi sowohl bei a als bei a', also in den beiden Fällen, in denen er von der „natura del delitto" spricht, die betreffenden Scheidungen auf das Objekt beschränkt, so wäre immer noch die zweite oben gestellte Frage nach einem etwaigen Parallelismus der beiden Differenzierungen zu beantworten. Einen solchen Parallelismus können wir aber ohne Bedenken annehmen, sobald, wie eben festgestellt, die Scheidungen sich lediglich auf das Objekt beziehen, denn für dieses ist es unbestreitbar, daß „relativ untauglich" gleich „tatsächlich untauglich", „absolut untauglich" gleich „rechtlich untauglich" ist und umgekehrt. Für das untaugliche Mittel hingegen würde dies nicht gelten können, kann doch ein absolut untaugliches Mittel sowohl tatsächlich als rechtlich untauglich sein. Übereinstimmen würde jedoch die Auffassung bei Mittel und Objekt, sobald das Gesetz bei jedem Delikt auch ein bestimmtes Mittel verlangen würde.

Allerdings scheint nun bei Tuozzi ein Umstand gegen die Richtigkeit der Annahme des besagten Parallelismus zu sprechen; Tuozzi will nämlich — was zunächst nicht recht

Digitized by Google

begreiflich ist — alle Fälle, in denen tatsächliche Unmöglichkeit des Erfolgseintritts vorliegt, straflos lassen. Sollte aber nunmehr, gemäß der Ansicht, daß nur der absolut untaugliche Versuch untauglicher Versuch sei, auch hier nur der tatsächlich absolut untaugliche Versuch gemeint sein — und dies nahmen wir oben an —, so würde diese Ansicht entweder mit der obigen Auslegung, daß beide Differenzierungen (a und a') sich auf das Objekt beziehen, oder mit dem oben angenommenen Parallelismus nicht stimmen. Dies aber aus dem Grunde, weil daraus einerseits die falsche Folgerung gezogen werden müßte, daß beim untauglichen Objekt eine „tatsächlich absolute Untauglichkeit" bestehe, andererseits weil diese falsche Konsequenz die Vermutung nahe legen würde, daß Tuozzi auch das Mittel bei Rechts- und Tatunmöglichkeit in Betracht ziehe.

Wir glauben nun allerdings in diesen Widersprüchen keine Negierung der Richtigkeit unserer Auslegung sehen zu müssen, sondern lediglich eine Ungenauigkeit, vielleicht einen Fehler in Tuozzis Ansicht, wie wir z. B. auch auf die Beschränkung der legalen Unmöglichkeit auf einen Mangel im Subjekt, auf diese ganz außergewöhnliche Forderung kein Gewicht legen wollen. Denn für das Verständnis von Tuozzi's Theorie genügt es vollkommen, sich darüber klar zu werden, daß die Scheidung nach Tat- und Rechtsunmöglichkeit dafür von keinerlei Bedeutung ist, daß vielmehr — und dies sollten unsere Ausführungen klar genug dargelegt haben — diejenige Scheidung, auf welche wir bei Tuozzi allein das Hauptgewicht legen dürfen, diejenige in relative und absolute Untauglichkeit ist. Tuozzi unterläßt es offenbar selbst, die beiden Einteilungen in Verbindung zu setzen, lassen wir sie daher auch hier auf sich beruhen.

Daß aber Tuozzi in dieser Kategorie seinen richtigen Platz gefunden, dürfte nicht mehr zweifelhaft sein.

Merkel, vgl. Näheres unter No. 4 der Zusammenstellung.

Baumgarten: scheint auch in diese Kategorie gestellt werden

Digitized by Google

zu müssen, faßt er doch seine Ansicht zusammen wie folgt: a. a. O, S. 358: „Bei dem Putativdelikt kommt es nur zu einem Putativvorsatze, bei dem Versuch am absolut untauglichen Objekte überhaupt zu keinem Vorsatz".

a. a. O. S. 359: „Die Straflosigkeit des Versuchs, allgemein anerkannt beim Wahndelikt, ist nichts weniger als unbestritten beim Versuch am absolut untauglichen Objekt".

Wie aber schon aus der ersten zitierten Stelle ersichtlich ist, so geht aus S. 361 hervor, daß Baumgarten bei fehlendem Objekt keinen strafbaren Versuch als gegeben ansieht.

a. a. O. S. 421: „Dieser . . . . Gedankengang rechtfertigt die Straflosigkeit des sogen. Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln und die Strafbarkeit des Versuchs mit sogen. relativ tauglichen Mitteln".

Bezüglich Baumgartens Einwänden gegen den Subjektivismus vgl. a. a. O. S. 300 fg.

Binding, vgl. Normen Bd. II S. 411, Handbuch Bd. I S. 693. Würde es auf den ersten Blick auch scheinen, als ob Binding jeden untauglichen Versuch straflos lassen wollte, so geht doch aus den Normen Bd. II S. 411 Anm. 633 unseres Erachtens hervor, daß Binding den relativ untauglichen Versuch auch als strafbaren Conat auffaßt. Er will allerdings nur taugliche und untaugliche Mittel (resp. Objekte) unterscheiden, da er jedoch die relative Untauglichkeit offenbar zur Tauglichkeit stellt, was daraus hervorgeht, daß er nur die Tauglichkeit „zur Begehung" eines Deliktes ins Auge gefaßt wissen will, so folgt, daß er tatsächlich von den gewohnten Bahnen nicht abweicht. Stellen wir Binding an diesen Platz, so beziehen wir uns jedoch bei dieser Maßnahme nicht auf Einzelheiten in dessen Ansicht, sondern auf deren Konsequenzen, auf deren Endergebnisse.

v. Rohland. Rohlands Theorie, in seine eigenen Worte zusammengefaßt, lautet: „Der absolut untaugliche Versuch stellt sich, mag die Untauglichkeit durch die Beschaffenheit des Subjekts, Mittels oder Objekts gegeben sein, insoweit die Untauglichkeit eine notwendige ist (— wobei tatsächliche

Digitized by Google

oder rechtliche Untauglichkeit natürlich nebeneinander bestehen v. R. S. 102. D.V. —), als Wahnverbrechen, insoweit sie eine bloß zufällige ist, als strafbarer Versuch dar" (vgl. v. Rohland a. a. O. S. 113).

Wir können nun für notwendige Untauglichkeit auch absolute Untauglichkeit, für zufällige auch relative einsetzen und erhalten dann das Resultat: Der absolut untaugliche Versuch ist straflos, der relativ untaugliche strafbar. Die Richtigkeit dieser Ansicht bestätigt uns v. Rohland in seinen Ausführungen, daß der relativ untaugliche Versuch — also die Fälle zufälliger Untauglichkeit —, mag nun die Untauglichkeit durch Mittel, Objekt oder Subjekt hervorgerufen sein, generell tauglich, darum gefährlich (S. 99) und offenbar deshalb auch strafbar seien, wie dies z. B. aus S. 97 hervorgeht, wo ausgesagt wird: „Der Versuch mit relativ untauglichen Mitteln ist strafbar".

v. Rohlands Lehre hat aber, abgesehen von der Übereinstimmung mit denjenigen der hier zusammengestellten Autoren, noch Anklänge an verschiedene andere Theorien. So scheint er bei Entscheidung der Frage nach der Strafbarkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln gleichen Gesichtspunkten zu folgen, wie Kohler sie in seiner Plantheorie vertritt. Bei der Strafbarkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objekt will v. Rohland dieselbe Methode vertreten, doch scheint uns die Behandluug der zitierten Fälle (S. 110) nicht die gleiche zu sein.

Beim Objekt zieht er konkrete Umstände in die Beurteilung hinein (ex post), während er beim Mittel die abstrakt gefaßte Sachlage als maßgebend betrachtet. —

v. Rohland hat in seiner Schrift „Die Kausallehre des Strafrechts" (Leipzig 1903) die oben dargestellte Ansicht neuerdings in kurzen Ausführungen vertreten.

Benevolo. Eine auf den ersten Blick außerordentlich komplizierte Einteilung, welche sich jedoch leicht im großen und ganzen auf bekannte Größen zurückführen läßt, tritt uns in der Theorie Benevolos entgegen (vgl. Benevolo a. a. O. S. 51—78; No. 36–66), welche wir hier zunächst im Zu-

Digitized by Google

sammenhange darstellen wollen, bevor wir auf deren Erklärung, auf die Betrachtung ihrer Einzelheiten eingehen. Nur so viel sei noch vorausgeschickt, daß nämlich bei Benevolo einerseits Begründung, andererseits Konsequenzen seiner Theorie uns berechtigen, ihn sowohl hierher als auch zu No. 4 zu stellen,

Vom italienischen Strafgesetzbuch ausgehend, auf diesem fußend, verlangt auch Benevolo zum Versuch mezzi idonei und kommt infolge dessen zum Ergebnis, daß beim Vorliegen von atti inidonei von Versuch nicht gesprochen werden könne (No. 36).

Immerhin müsse aber innerhalb der atti inidonei noch unterschieden werden zwischen:

a) atti fisicamente inidonei, und

b) atti giuridicamente inidonei (No. 37).

Zu a): Bleiben wir zunächst bei den atti fisicamente inidonei stehen und fragen wir uns, was im Sinne der Theorie Benevolos der Ausdruck „inidoneo" bedeuten solle, haben wir doch gesehen, daß von manchen Autoren darunter relative und absolute Untauglichkeit, von anderen nur die absolute verstanden wird, so wäre zu antworten, daß Benevolo als „inidoneo" erst den absolut untauglichen Akt aufgefaßt wissen will. Aber obschon er daher die Scheidung in absolute und relative Untauglichkeit im altgewohnten Sinne beiseite lassen will, obschon er sie als überflüssig betrachtet, kommt er tatsächlich doch wieder auf diese hinaus. Allerdings finden wir die Terminologie „absolut" und „relativ untauglich" bei Benevolo nicht vor, tatsächlich liegt aber in der weiteren Scheidung der atti fisicamente inidonei gar nichts anderes vor. Bei diesen nämlich unterscheidet Benevolo:

α) atti inidonei, nach unserer Terminologie: absolut oder qualitativ ungeeignete Handlungen,

β) atti insufficienti: Handlungen, welche bei Wiederholung idonee, bei Nichtwiederholung inidonee sind (mit andern Worten relativ untaugliche, unzulängliche Akte, quantitativ ungeeignete Handlung. NB.: „insufficiente" stets im Sinne einer causa parziale, die mitwirkt zur Bildung der

Digitized by Google

causa complessiva, welche erst den Erfolg herbeiführt) (No. 38,54 a. E.).

Führen wir aber nunmehr die stets gebräuchlichen allgemein bekannten Ausdrücke ein, so könnte man das Ergebnis der bisherigen Erörterungen zusammenfassen in die schon vielfach vertretenen Sätze:

Zu α): Eine „tatsächlich absolut untaugliche“ Handlung (atto inidoneo i. e. Sinne) kann keinen Versuch darstellen. (NB. Ganz richtig bemerkt Benevolo an dieser Stelle, daß selbst ein solcher Akt unter Umständen als tauglich aufgefaßt werden könne; da die Handlung ja stets im Zusammenhang mit dem Willen des Täters, mit den vorausgegangenen und noch nachfolgenden Akten aufgefaßt werden müsse, die derselbe begangen habe resp. noch begehen werde) (No. 39; vgl. auch No. 40).

β) Eine tatsächliche relativ untaugliche Handlung jedoch kann zum Versuch gezählt werden, doch muß in dieser Beziehung noch unterschieden werden zwischen

β′) atti relativamente insufficienti, d. h. Handlungen, welche nur im Spezialfall, unter außergewöhnlichen Umständen wiederholt zu werden brauchen, um den Erfolg herbeizuführen, und

β″) atti assolutamente insufficienti, welche „nei casi ordinari“ zur Erreichung des Zweckes eine solche Wiederholung verlangen.

Die ersteren nun stellen einen Versuch dar, auch wenn der Täter nicht im Sinne hat, sie zu wiederholen, die letzteren offenbar erst bei Vorliegen eines solchen Wiederholungswillens.

Daß es sich bei Feststellung dieser „gewöhnlichen“ resp. „außergewöhnlichen“ Wiederholungsnotwendigkeit um einen Schluß handelt, der das Alltägliche, das Gewohnte, das allgemein Erkennbare zur Grundlage hat, dies brauchte nicht noch besonders betont zu werden (No. 41).

Zu b): Gehen wir nunmehr zur Betrachtung der „atti giuridicamente inidonei“ über, so wird die Richtigkeit der Ansicht, daß diese nicht zum Erfolg führen, weil sie

Digitized by Google

juristischen Prinzipien zuwiderlaufen, wohl von niemand bestritten werden, seien nun diese juristischen Prinzipien allgemein juristische oder speziell im geschriebenen Gesetz begründete. (No. 55; näheres über juristische und legale Unmöglichkeit vgl. weiter unten bei unseren Ausführungen zu Benevolo.)

Stets handelt es sich aber in solchen Fällen um ein Manco im soggetto passivo („Objekt" nach unserem Sprachgebrauch), sei es, daß dieses in sich selbst oder im Verhältnis zur Person des Täters untauglich ist. (Ansicht Carraras, vgl. No. 55; über die Bedeutungen des Begriffes „soggetto passivo" vgl. No. 56.)

Diese Ansicht vertritt denn auch Benevolo, allerdings mit dem Unterschied, daß er zwischen obbietto materiale dell' azione und soggetto passivo del delitto unterscheiden will. Sachliche Unterschiede gegenüber Carraras Ansicht werden in der von uns zu erörternden Frage dadurch nicht hervorgerufen; terminologisch muß man sich aber doch mit diesen neuen Begriffen bekannt machen, und so sei denn hervorgehoben, daß als

obbietto materiale dell' azione: der Mensch oder die Sache anzusehen sind, auf welche „die Handlung selbst" (offenbar die „natürliche" Handlung) sich bezieht,

während als soggetto passivo del reato: Mensch oder Sache fungieren, auf welche kraft Rechtsnorm die Tätigkeit, welche das Verbrechen darstellt (die verbrecherische Handlung), sich bezieht oder sich beziehen kann.

Demgemäß beruht aber wieder, wie bei Carrara die Inidoneità giuridica (hier steht: o legale) in einem Mangel im soggetto passivo (No. 56).

Um aber von dem fortwährenden Systematisieren nicht ablassen zu müssen, teilt Benevolo auch diese inidoneità giuridica wieder in Unterabteilungen ein und stellt hier als Gegensatz zu einer

inidoneità giuridica assoluta (α)

die inidoneità giuridica relativa (β) auf,

wobei der springende Punkt in dem Umstand zu sehen ist, ob besagte Untauglichkeit nie fehlen könne, welches auch

Digitized by Google

immer das aktive Subjekt sein mag oder ob sie nur bezüglich eines einzelnen bestimmten aktiven Subjekts Geltung beanspruchen könne (No. 57).

Ganz unabhängig von der eben hervorgehobenen Scheidung folgert aber auch Benevolo ganz richtig aus der angeführten Auffassung von inidoneità legale folgendes: Richtet sich die Handlung gegen einen Menschen oder eine Sache, welche nicht tauglich sind, als soggetto passivo zu fungieren, fehlt demgemäß das soggetto in diesem Sinne, so ist kein Versuch gegeben, und es kommt, um zu diesem Ergebnis zu gelangen, nicht etwa darauf an, ob der betreffende Mensch oder die betreffende Sache überhaupt gegenwärtig sind oder nicht. (Natürlich geht uns letzteres nichts an! Es kommt ja lediglich auf den Menschen etc. als soggetto passivo an, nicht als obbietto materiale, und in ersterer Eigenschaft fehlt er. Der Verf.)

„Se invece supponiamo che il soggetto passivo manchi perchè l' azione sia diretta su uomo o su cosa che manca, ma che potrebbe tuttavia essere soggetto passivo del reato, allora converra distinguere secondochè la mancanza fosse prevedibile ovvero imprevedibile“ (No. 58).

Ist demnach das Fehlen des Objektes voraussehbar, so ist sowohl Vollendung als Versuch eines Verbrechens ausgeschlossen, ist es nicht voraussehbar, so ist strafbarer Versuch gegeben.

Hier fehlt eben das soggetto passivo im eigentlichen Sinne nicht, es existiert, es ist nur nicht vorhanden. —

Betrachten wir Benevolos Theorie im ganzen, so sollte sie sich wohl ihrem Aufbau gemäß dahin zusammenfassen lassen: Tatsächliche Untauglichkeit begründet Straflosigkeit, wenn sie absolut, Strafbarkeit, wenn sie relativ ist; die rechtliche Untauglichkeit motiviert dagegen stets die Straflosigkeit der Handlung. Oder mit andern Worten: Absolute Untauglichkeit befreit den Versuch von Strafe, relative Untauglichkeit hingegen beläßt denselben, der allgemeinen Regel entsprechend, in der Strafbarkeit.

Digitized by Google

Daß dieses Resultat, welches der uns wohlbekannten Mittermaierschen Theorie vollkommen entsprechen würde, nicht ohne weiteres gezogen werden kann — daß es in Benevolo's Theorie enthalten sein soll, glaube ich immer noch —, dieser Umstand weist auf den ersten der Fehler in Benevolos Theorie hin. Dieser Autor hat nämlich die Fälle tatsächlicher Untauglichkeit auf den Versuch mit untauglichen Mitteln, diejenigen rechtlicher Unmöglichkeit auf Versuch am untauglichen Objekt beschränkt, besagte Fälle miteinander identifiziert. Dies ist denn auch der Grund, warum Benevolo keine rechtlich untauglichen Mittel zu kennen scheint; dies der Grund, warum er den Versuch am relativ untauglichen Objekt der Rechtsunmöglichkeit subsumiert (No. 58 Abs. 2), während doch Rechtsuntauglichkeit und relative Untauglichkeit einander ausschließen. So ist denn unzweifelhaft auch der Fall No. 58 Abs. 2 tatsächlicher Unmöglichkeit, wie sich ja beim untauglichen Objekt relative und tatsächliche Unmöglichkeit ebenso gut decken, wie absolute und rechtliche Untauglichkeit.

Mit der sonstigen Scheidung der No. 58, soweit sich diese auf die Unterscheidung von Versuch am absolut und Versuch am relativ untauglichen Objekt in unserem Sinne bezieht, können wir uns vollkommen einverstanden erklären.

Vom betrachteten Punkte abgesehen, sind aber mehr als einmal in Benovolos Theorie, in seinen oft unklaren, nicht streng logisch aufeinander folgenden Ausführungen, bei dem Mangel an einer scharfen Disposition kaum lösbare Widersprüche zu konstatieren, denen sich dann noch die vollkommen unzweckmäßigen, aber überall versuchten Differenzierungen, auf die wir noch zu sprechen kommen, würdig anschließen. Wie oft ist bei ganz gleicher Terminologie ein Wechsel in der Betrachtungsweise, daher eine inhaltliche Abweichung des betreffenden Ausdrucks, eine Änderung der Bedeutung des betreffenden Begriffes zu konstatieren! So werden z. B. die Ausdrücke „absolut“ und „relativ“, der Ausdruck „idoneo“ in der verschiedensten Weise aufgefaßt.

Digitized by Google

I. Ist es aber nicht unzweckmäßig z. B. das Wort „idoneo“ einmal als Gattungsnamen zur Bezeichnung der Untauglichkeit im weitesten Sinne zu gebrauchen, dann als Speziesnamen für die absolute Untauglichkeit zu verwenden (vgl. oben zu a)?

II. Ist das Moment der „Wiederholung“ geeignet, zur Bestimmung der relativen Untauglichkeit des Mittels zu dienen?

IIa. Ist es nicht zwecklos, die tatsächliche relative Untauglichkeit wieder in relative und absolute einzuteilen (vgl. oben zu β)?

III. Ist es nicht ebenso verwirrend, bei rechtlicher Unmöglichkeit noch zwischen absoluter und relativer rechtlicher Unmöglichkeit unterscheiden zu wollen?

IV. Ist es richtig, daß ein absolut untaugliches Mittel unter anderen als den jeweils in concreto vorliegenden Umständen tauglich sein kann?

V. Hat die neue Teilung in „obbietto materiale“ und „soggetto passivo“ irgend welchen tieferen Wert, enthält sie einen Fortschritt, eine Klärung gegenüber der Annahme lediglich eines soggetto passivo?

VI. Ist das Moment der Voraussehbarkeit zur Unterscheidung von strafbarem und straflosem Versuch beim relativ untauglichen Objekt als zweckmäßig zu unterstützen?

VII. Unterscheidet Benevolo zwischen juristischer und Rechtsunmöglichkeit oder hält er den zweiten Begriff als im ersten enthalten? Auf welchen Kriterien basieren diese Begriffe?

Mit möglichster Kürze soll nunmehr versucht werden, auf diese Fragen eine Antwort zu geben, ohne sich allzu sehr in Einzelheiten zu verlieren.

Zu Frage I. Eine weitere Besprechung kann hier nicht als nötig erscheinen.

Zu Frage II. Der Grund, welcher Benevolo zwingt, die „Wiederholung“ so sehr in den Vordergrund zu stellen, ja dieselbe geradezu zum maßgebenden Kriterium bei Feststellung der relativen Untauglichkeit zu machen, scheint

Digitized by Google

uns lediglich in einer von der gewöhnlichen abweichenden Betrachtungsweise bei Feststellung dieser Untauglichkeit zu liegen.

Während wir bei Betrachtung der Tauglichkeit eines Mittels dieses — ich möchte sagen — vollkommen nackt, gleichsam ohne bestimmte Stärke in Verhältnis zum gewollten Delikt setzen, nimmt Benevolo sofort die bestimmte Quantität, die Stärke des Mittels in seine Schlußfolgerung mit hinein. Während wir also in diesem Sinne von der konkreten Vorliegenheit absehen, legt jener das Hauptgewicht auf diese Objektivität. Er geht also gleichsam vom Standpunkt eines allwissenden Zuschauers aus, während wir vom Standpunkt des unwissenden Täters aus urteilen. Das führt dann dazu, daß Benevolo und wir bezüglich ein und desselben relativ untauglichen Mittels die verschieden formulierten Urteile abgeben müßten:

Benevolo: Das relativ untaugliche Mittel ist untauglich, kann aber auch tauglich sein (wenn weitere Faktoren dazu kommen oder wenn es wiederholt angewandt wird).

Wir: Das relativ untaugliche Mittel ist an und für sich tauglich, in concreto aber untauglich.

Denn legen wir das Gewicht darauf, daß ein solches Mittel in concreto untauglich ist, so legt offenbar Benevolo das Gewicht auf den Umstand, daß es in bestimmtem Fall auch tauglich sein könne. Diese Betrachtungsweise führt ihn aber ohne weiteres zur Hervorhebung der Wiederholung, durch welche das Mittel tauglich werden kann. Es sollte also nur konstatiert werden, daß wir, in umgekehrter Richtung schließend, de facto zu demselben Resultat gelangen müssen.

Ist es daher richtig, daß ein relativ untaugliches Mittel bei Wiederholung tauglich sein kann, so ist es falsch, daß bei Nichtwiederholung der Handlung diese letztere (das Mittel) „inidonea“ werde, denn ist dieses „inidoneo“ im Sinne von „absolut untauglich“ aufzufassen — und so faßt es Benevolo gewöhnlich auf —, so ist damit nichts anderes gesagt, als daß ein relativ

Digitized by Google

untaugliches Mittel in concreto absolut untauglich sei. Das aber haben wir schon weiter oben (vgl. zu Klee S. 91 a. E. 92, zu Orestano unten § 11 S. 279) als falsch zurückgewiesen. Wo bliebe in solchem Falle auch das relativ untaugliche Mittel? Die selbständige Natur würde es vollkommen verlieren. Relative Untauglichkeit wäre nur ein Durchgangsstadium, eine Übergangsform zu Tauglichkeit oder absoluter Untauglichkeit. (NB. Das obige „idoneo" könnte ja allerdings bei den Schwankungen in Benevolos Terminologie eventuell in weiterem Sinne zu fassen sein. Dann wäre aber damit nur zweimal dasselbe gesagt, etwa: relativ untauglich ist ein Mittel, wenn es bei Nichtwiederholung relativ untauglich ist. Dies wollen wir aber Benevolo nicht unterschieben.)

Zu Frage IIa. Dieselbe Betrachtungsweise ermöglicht es aber Benevolo auch, zu der Scheidung der atti insufficienti in relativ und absolut unzulängliche zu gelangen. Plausibel mag es ja sein, daß man bei einer primär untauglichen Handlung (nach Benevolo) beachten kann, ob sie in der Regel wiederholt werden müsse, um tauglich zu werden, oder ob das nur im Einzelfall nötig sei. Ebenso plausibel mag es dann ferner sein, die Strafbarkeit der Theorie entsprechend im ersteren Fall davon abhängig zu machen, daß der Wille der Wiederholung der Handlung gegeben sei, im zweiten Fall hingegen diesen Willen nicht in Betracht zu ziehen.

Eine solche Scheidung in relative relative Untauglichkeit und absolute relative Untauglichkeit hat aber gar keinen Wert, wenn nicht jenen, verwirrend zu wirken. Es ist ja allerdings zu beachten, daß Benevolo die Termini „absolut" und „relativ" bei der Untauglichkeit im allgemeinen, mit andern Worten: in gewöhnlichem Sinn nicht gebraucht, daß er daher hier mit etwas größerer Berechtigung diese Terminologie anwenden kann, als dies von seite anderer geschehen könnte. Immerhin liegt aber die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit seiner Lehre zugrunde und außerdem muß man doch auch die Bezeichnungen anderer Lehren berücksichtigen, will man nicht Ver-

Digitized by Google

wirrung anrichten. Jedenfalls aber wird uns soviel zugegeben werden, daß nämlich die eben besprochene Scheidung Benevolos jeden Zweckes entbehrt.

Das Gesagte kann aber sehr klar am Beispiel Benevolos in No. 41 exemplifiziert werden. Man möge daran sowohl unsere als Benevolos Ansicht anwenden, man wird sehen, daß der Hauptunterschied in der oben von uns skizzierten verschiedenen Betrachtungsweise liegt. Daß das Beispiel im übrigen — es ist bei Benevolo nichts Außergewöhnliches — schlecht gewählt ist, mag zum Schluß kurz hervorgehoben werden. Denn unterscheidet man zwischen relativ untauglichen Mitteln und relativ untauglichem Objekt, so würde die Hypothese Benevolos sicherlich zu letzteren gehören. B. erklärt aber daran gerade den Versuch mit untauglichen Mitteln.

Zu Frage III. Ebenfalls an einem Abgehen von der gewöhnlichen Betrachtungsweise liegt es, wenn Benevolo bei der juristischen Untauglichkeit — wir nehmen diese hier als mit der legalen übereinstimmend an — noch als Unterarten relative und absolute Untauglichkeit unterscheidet. Wir haben es schon festgestellt: bei rechtlicher Untauglichkeit im gewöhnlichen Sinne ist die Möglichkeit einer Scheidung in relative und absolute rechtliche Untauglichkeit entschieden zu verneinen. Rechtliche Untauglichkeit ist stets absolut! Die entgegengesetzte Ansicht Benevolo's beruht also offenbar darauf, daß dieser Autor unter absolut und relativ etwas anderes versteht, als wir, und tatsächlich gibt denn auch seine Erläuterung zu diesen Ausdrücken einen wertvollen Fingerzeig hinsichtlich der vorzunehmenden Auslegung. Behalten wir das Beispiel Benevolos bei: „Ein Ehemann will Ehebruch begehen, schläft aber zu diesem Zweck unwissentlich seiner Ehefrau bei", so sehen wir, daß er in diesem Fall relative Untauglichkeit annimmt, weil die Untauglichkeit nur bezüglich des einen aktiven Subjekts Geltung habe, einem anderen Manne gegenüber aber hinfällig sei. Damit bringt er nicht allein eine vollkommen neue Terminologie, sondern er fußt auch auf einer neuen Betrachtungsweise, die

Digitized by Google

daher weder falsch noch richtig, höchstens unzweckmäßig genannt werden kann. Benevolo deduziert eben nicht wie wir nur am Vorliegenden, er sagt nicht etwa: „Der Ehemann ist ein an und für sich, von vorne herein untaugliches Mittel resp. die Ehefrau ein absolut untaugliches Objekt (im gewöhnlichen Sinne) zur Begehung des Ehebruchs", sondern er bringt Momente in seine Schlußfolgerung, welche bei unserer Betrachtungsweise nicht hineingezogen werden dürfen. Nicht das, was ist, sondern das, was sein könnte, wird betrachtet; an Stelle des Ehemannes, dem man stets nur einen anderen Ehemann im Verhältnis zu seiner Ehefrau subsumieren dürfte, wird nach Benevolo ein beliebiger Mann, an Stelle der Ehefrau eine beliebige Frau gesetzt, und so gelangen wir denn zu Benevolos Begriff relativer rechtlicher Untauglichkeit.

Daß diese Begriffe relativ und absolut mit denen des gewöhnlichen juristischen Sprachgebrauchs nichts zu tun haben, sollte hierdurch erwiesen sein; eher ließe sich Benevolos relative rechtliche Untauglichkeit in Parallele setzen zu dem Mangel im Subjekt, der z. B. bei Frank, Merkel und anderen Berücksichtigung findet.

Frage IV scheint mir allerdings prima facie bejahend zu beantworten zu sein. Die Zweifel bezüglich dieses Punktes seien jedoch in einer kurzen Frage zusammengefaßt: „Ist ein solches Mittel, welches man unter ganz anderen Umständen betrachtet, stets noch das gleiche Mittel? Sind die jedesmal vorliegenden Umstände nicht eine dem einzelnen Mittel gleichsam innenwohnende Eigenschaft?

Immerhin sei festgestellt, daß Benevolo's Meinung der allgemeinen Ansicht entspricht.

Frage V wäre unseres Erachtens entschieden zu verneinen. Das obbietto materiale in Benevolos Sinn hat im Strafrecht nichts zu suchen! Denn — so müßte die Unterscheidung wohl aufgefaßt werden — ist bei einem „Mordversuch an einer Leiche" die Leiche das obbietto materiale, fehlt aber das soggetto passivo (d. h. der lebende Mensch), so genügt doch dieser letztere Umstand. Was

Digitized by Google

geht es uns an, wenn die Handlung an und für sich, wenn die natürliche Handlung sich auf die Leiche bezieht, die verbrecherische Handlung bezieht sich auf den lebenden Menschen, dieser aber fehlt. Die weiteren Folgerungen würden nunmehr davon abhängen, ob man der subjektiven oder der objektiven Theorie anhängt. Die Scheidung in obbietto materiale und soggetto passivo ist jedoch für beide vollkommen überflüssig.

Zu Frage VI: Die Unterscheidung von strafbarem und straflosem Versuch innerhalb des Versuchs am relativ untauglichen Objekt berührt schon an und für sich eigentümlich. Außerdem ist aber auch hier Unklarheit vorhanden. Die Strafbarkeit resp. Straflosigkeit wird von Benevolo in diesen Fällen von dem Umstand abhängig gemacht, ob die Untauglichkeit voraussehbar oder nicht. Es taucht hierbei sofort die Frage auf, ob es sich um die Voraussehbarkeit beim Täter oder beim Publikum handelt. In dieser Beziehung scheint denn aus der Ansicht Benevolos, daß zum strafbaren Versuch auch die Beunruhigung der Volksgenossen gehöre, zu folgen, daß es sich um die Voraussehbarkeit der Untauglichkeit bei diesen handle, daß demnach konsequenterweise kein Versuch vorliegt, wenn diese postulierte Beunruhigung fehlt. Es ist aber höchst wunderbar, die Bestrafung eines Verbrechers davon abhängig zu machen, ob die andern Beunruhigung empfunden haben oder nicht.

Zu Frage VII: Höchst zweifelhaft ist uns denn auch noch die Auffassung Benevolos von dem Verhältnis zwischen juristischer und Rechtsuntauglichkeit. Der unsern Ausführungen zugrunde liegende Text ist folgender:

„Doppo di avere discorso dell' atto fisicamente inidoneo è d'uopo far parola dell' atto inidoneo giuridicamente, dell' atto cioè, che non può, **a termini dei principii giuridici,** concorrere a produrre la violazione del diritto. Quando la ragione dell' inidoneità si trovi **nella legge scritta,** allora l'inidoneità suolsi dire legale, ma questa, appunto perchè si fonda unicamente sul disposto della

Digitized by Google

legge, può anche non concordare **coi principii del diritto.**“ (No. 55 a. A.)

Zunächst wäre also nochmals festzustellen, daß nach Benevolo dann eine legale Unmöglichkeit gegeben, „quando la ragione dell' inidoneità si trova nella legge scritta“. Sofort taucht dann aber die Frage auf: „Was ist dann gegeben, wenn diese ragione sich nicht im geschriebenen Gesetz findet? Tatsächliche Unmöglichkeit? Warum ist dann die Rede von inidoneità legale und giuridica? Bedeuten wiederum die Ausdrücke principii giuridici und principii del diritto ein und dasselbe? Wenn dem so ist, warum werden sie dann so kurz aufeinander gebraucht, legt doch ein solcher Umstand die Vermutung nahe, daß ihr Inhalt ein verschiedener sei, und liegt doch in solcher Maßnahme casu dato sicherlich ein technischer Fehler!

Alle diese Unklarheiten, diese zweifelhaften Punkte zwingen uns zu einer Interpretation der angeführten Stelle, doch sei vorweg bemerkt, daß wir hier des Raumes und der Wichtigkeit halber nur drei solche Auslegungen von den fünf, die wir versucht, geben werden. In weitere Details einzugehen, würde zu weit führen.

Die ersten Unterscheidungen ergeben sich nun, je nachdem wir die inidoneità legale als Teil der inidoneità giuridica ansehen oder nicht. Beides ist aus vorliegender Stelle zu entnehmen möglich.

I. Die inidoneità legale gehört zur inidoneità giuridica. Dies folgt aus dem Umstand, daß Benevolo in seiner Arbeit zunächst von den Akten spricht, die „a termini dei principii giuridici“ die Rechtsverletzung nicht herbeiführen können (inidoneità giuridica). Die oben citierte Stelle könnte demnach ausgelegt werden wie folgt: Quando la ragione dell' inidoneità „giuridica“ si trovi nella legge scritta, allora l'inidoneità „giuridica“ suolsi dire legale. Und gegen eine solche Auslegung würde sich primär nichts einwenden lassen. Es kommt daher zunächst auf Entscheidung der Frage an, ob Benevolo die Ausdrücke principii del diritto und principii giuridici als gleichen oder verschiedenen Inhalts be-

Digitized by Google

trachtet. Diese Frage wird uns durch den ganzen Zusammenhang der zitierten Stelle nahe gelegt, ihre Bedeutung dürfte aus den folgenden Erörterungen leicht entnommen werden können.

1. Die Ausdrücke principii del diritto (Rechtsprinzipien) und principii giuridici (juristische Prinzipien) werden als gleich betrachtet.

Daraus folgt: Die juristische Untauglichkeit im weiteren Sinne, welche, beruhend auf einem Verstoße gegen juristische Prinzipien, naturgemäß nicht zum Erfolg führen kann, enthält als besonderen Teil die Rechtsunmöglichkeit, welche nunmehr ihrer Stellung innerhalb der juristischen Unmöglichkeit gemäß auch in einem Gegensatz zu juristischen (Rechts-)Prinzipien stehen muß, ganz abgesehen davon, daß die Handlungen, in denen sie sich verkörpert, auch den Anforderungen des positiven Rechts notwendigerweise nicht genügen dürfen.

Daß aber eine solche Auslegung nicht möglich ist, das geht nun klar hervor aus dem Gegensatz, in welchem Benevolos Äußerungen zu unseren eben angenommenen Hypothesen stehen. Die legale Unmöglichkeit müßte als juristische stets juristischen Prinzipien zuwiderlaufen; Benevolo aber sagt nur, daß sie dies auch tun könne („può anche"). Der nach unserer Interpretation zu postulierenden Notwendigkeit steht also hier eine bloße Möglichkeit gegenüber und damit dürfte auch diese Interpretation als unhaltbar erwiesen sein.

Es ist also möglich, daß die Ausdrücke principii del diritto und principii giuridici verschieden aufgefaßt werden müssen, daß sie einander nicht gleichzustellen sind, obschon uns ein Unterschied zwischen beiden nicht einleuchten will. Immerhin möge der Fall zunächst untersucht werden.

2. Voraussetzung: Die Rechtsunmöglichkeit ist ein Teil der juristischen Unmöglichkeit. Die principii giuridici stimmen nicht überein mit den principii del diritto.

Das Ergebnis, welches gleich angeführt sein mag, müßte nunmehr lauten:

Digitized by Google

Es müssen drei Arten rechtlicher Untauglichkeit im weiteren Sinne (d. h. als Gegensatz zur tatsächlichen) unterschieden werden: die juristische, die legale, die Rechtsuntauglichkeit. Denn die legal untaugliche Handlung verstößt nur gegen legale Prinzipien; die weiteren Prinzipien, die ihrer Tauglichkeit außerdem noch entgegenstehen (Rechtsprinzipien), müssen daher auch legale sein. Da aber die legalen Prinzipien wiederum stets juristische sind, müssen es auch die Rechtsprinzipien in besagtem Umfange sein.

Es würde also die juristische Untauglichkeit auf juristischen Prinzipien, die legale auf legalen und Rechtsprinzipien, die Rechtsuntauglichkeit auf Rechtsprinzipien allein beruhen; alle drei Formen von Untauglichkeit würden aber stellenweise zusammenfallen, sich also kreuzen.

Von solchen drei Arten ist aber bisher nichts bekannt und worin z. B. Art 2 und 3 sich unterscheiden sollen, ist mir unerfindlich.

II. Es kann aber auch die inidoneità legale der inidoneità giuridica als koordiniert betrachtet, die erste also nicht als Teil der letzteren aufgefaßt werden. Nehmen wir nun hierbei die juristischen und die Rechtsprinzipien als gleich an, so wird eine Auslegung möglich, welche allein zu einem annehmbaren Ergebnis führt. Denn hat dann die juristische Unmöglichkeit ihren Grund in juristischen Prinzipien, so hat ihn die legale wiederum in legalen, kann ihn aber außerdem in Rechtsprinzipien (also juristischen Prinzipien) haben.

Dies wird wohl das richtigste Resultat sein.

Man könnte von Benevolos Ausspruch noch zu weiteren Interpretationen verleitet werden. Keine davon führt jedoch zu einem zufriedenstellenden Resultat, und so muß man denn die principii del diritto als gleichbedeutend mit den principii giuridici annehmen, obschon ein großer technischer Fehler in dem Umstande liegt, gleich hintereinander für ein und denselben Begriff verschiedene Bezeichnungen zu gebrauchen. Doch ist bei der unsicheren Terminologie Benevolos, bei der Zerfahrenheit der Darstellung kein Grund gegeben, um obige Annahme etwa zu verwerfen.

Digitized by Google

Es wären demnach neben der tatsächlichen Untauglichkeit als Formen der rechtlichen zu unterscheiden: die juristische und die legale Untauglichkeit.

Immerhin möchten wir aber nicht unterlassen, zum Schluß noch darauf aufmerksam zu machen, daß diesem Ergebnis Benevolos Darlegungen S. 70 No. 56 entgegenzustehen scheinen, jene Ausführungen, in welchen er von inidoneità giuridica (o legale) spricht. In jener Äußerung ist vom Fehlen des Objektes die Rede und es soll allerdings nicht bestritten werden, daß trotz Fehlens des Objektes beide verschiedenen Untauglichkeiten nebeneinander bestehen könnten; nie könnte aber casu concreto die juristische Untauglichkeit im engeren Sinne allein bestehen. Gegen obige unterscheidende Interpretation spricht aber unseres Erachtens die hier gewählte grammatische Konstruktion. Sollte eine Verschiedenheit ausgedrückt werden, so müßte doch das Subjekt wiederholt werden, dann müßte Benevolo doch „l'inidoneità giuridica o l'inidoneità legale „sagen und nicht" l'inidoneità giuridica o legale". Da diese grammatikalische Konstruktion jedoch nicht absolut zwingende Schlüsse erlaubt, halten wir am oben Gesagten fest. —

M. E. Mayer, vgl. Deutsche Juristen Zeitg. Bd. VII S. 330ff.

Beling, S. 60—61 (wenigstens im Ergebnis).

Wharton unterscheidet beim untauglichen Mittel zwischen relativer und absoluter Untauglichkeit (vgl. §§ 182, 183). Seine Erörterungen über diese Seite des untauglichen Versuchs schließt er mit den Worten: „This distinction is apprehended by several thoughtful German commentators, who held that absolute inadequacy of means is a defence, while relative inadequacy is only a plea in mitigation of sentence" (S. 209). — Dieselbe Scheidung scheint weiterhin beim Versuch am untauglichen Objekt maßgebend zu sein. (Wörtlich spricht Wharton allerdings von „objects absolutely non-existents" im Gegensatz zu Objekten, welche nur in der bestimmten, vom Täter ins Auge gefaßten Lage nicht vorhanden sind, deren Verletzung aber sonst wohl möglich sein könnte

Digitized by Google

Es scheinen bei dieser Scheidung ähnliche Gedankengänge maßgebend zu sein, wie wir sie weiter oben schon bei Rohland festgestellt haben.)

4. Theorien, welche die Unterscheidung in Rechts- und Tatunmöglichkeit des Erfolgseintritts zum Angelpunkt ihrer Schlußfolgerungen machen.[1])

Crivellari. Kurz zusammengefaßt lautet dessen Ansicht:

1. Der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln ist straflos; der Versuch mit relativ tauglichen Mitteln ist strafbar.
2. Bei einem Mangel im soggetto passivo liegt auf jeden Fall ein „atto legalmente inidoneo" vor, dessen Straflosigkeit unzweifelhaft ist, sei der besagte Mangel im Objekt selbst oder in dessen Verhältnis zum Täter begründet. —

---

[1]) Tatsächlich gehen die Ansichten der hier zusammengestellten Autoren ziemlich weit auseinander, sind doch solche Schriftsteller darunter vertreten, deren Meinung sich im großen und ganzen mit jener Mittermaiers deckt, dagegen wieder andere, welche sich weit von jener Theorie entfernen. Klar ist, daß diese Unterscheidung in Tat- und Rechtsunmöglichkeit (Putativdelikt nach Frank und anderen) beim Versuch nur von objektiven Theorien gemacht werden kann, nur von solchen Theorien, welche dem Versuch einen eigenen Tatbestand zugestehen. Bei der Vergleichung der Mittermaierschen Theorie b) mit jener, welche die Scheidung in Tat- und Rechtsunmöglichkeit zur Entscheidung der Strafbarkeitsfrage beim untauglichen Versuch verwendet, wird sich jedoch herausstellen, daß die Differenzierungen zwischen relativ und absolut untauglichem Objekt und rechtlicher und tatsächlicher Unmöglichkeit des Erfolgseintritts bei untauglichem Objekt ein und dasselbe bedeuten, d. h. daß besagte Scheidungen parallel gehen. Das rechtlich untaugliche Objekt ist stets auch absolut, das tatsächlich untaugliche stets relativ untauglich und umgekehrt. Beim Mittel hingegen stellt sich die Sache anders. Das rechtlich untaugliche Mittel ist stets absolut untauglich, das absolut untaugliche hingegen kann rechtlicher oder tatsächlicher Untauglichkeit sein; das tatsächlich untaugliche Mittel kann relativ oder absolut untauglich sein, das relativ untaugliche Mittel hingegen nur tatsächlich untauglich sein. Demgemäß zeigt sich aber die sehr nahe Verwandschaft, ja das direkte Übereinstimmen der Theorie Mittermaiers b) [stimmen Mittermaier a) und b) untereinander überein, dann gilt das Folgende auch von Mittermaier a); vgl. dazu Anm. 1 S. 245 ff.] mit derjenigen, welche zwischen Rechts- und Tatunmöglichkeit unterscheidet ganz deutlich, sobald letztere Scheidung auf das Objekt beschränkt bleibt. —

Digitized by Google

Also: beim Versuch am untauglichen Objekt entscheidet sich die Frage nach Strafbarkeit resp. Straflosigkeit gemäß der Scheidung in Rechts- und Tatunmöglichkeit, beim Versuch mit untauglichen Mitteln gemäß jener in relative und absolute Untauglichkeit. Vgl. Crivellari a. a. O. S. 8 No. 7; unsere Arbeit Anm. 3 S. 79.

Es wäre vielleicht auch bei dieser Kategorie möglich gewesen, eine Zusammenwürfelung so verschieden nuancierter Lehrmeinungen wie die vorliegende zu verhindern, hätte man den Abschnitt wieder in Unterabteilungen zerlegt und damit die Grundlage geschaffen, um die einzelnen hier zitierten Theorien in verschiedene Spezialkategorien zu teilen. Und so hätte man, z. B. auf dem eben Gesagten fußend, folgendermaßen unterscheiden können:

1. Theorien, welche beim untauglichen Objekt Rechts- und Tatunmöglichkeit, beim Mittel relative und absolute Untauglichkeit unterscheiden, oder besagte zwei Scheidungen beim Objekt nebeneinander beachten. (Übereinstimmung mit Mittermaier): Crivellari, Carrara, Olshausen, Pompei, Stiegele, Merkel (? bezüglich des Mittels nicht ganz sicher, ob zu Frank; scheint aber doch hierher zu gehören, vgl. 2). [Loening S. 47, 48, 50 (?)]

2. Theorien, welche beim Objekt und Mittel nach Rechts- und Tatunmöglichkeit des Erfolgseintritts unterscheiden, ohne die relative und absolute Untauglichkeit mehr als terminologisch zu beachten:

Frank (sonst könnte er nicht zur Strafbarkeit bei Anwendung selbst absolut untauglicher Mittel gelangen).

Oetker [Beim Mittel fragt es sich, im Falle er dort tatsächlich diese Scheidung vornimmt, wo denn das tatsächlich absolut untaugliche Mittel (nach ihm relativ untauglich) bleibe. Es müßte doch wie bei Frank strafbar sein. — Scheidet er jedoch die Mittel in relativ und absolut untaugliche, so dürfte die Frage am Platze sein, wieso denn jedes absolut (relativ in Oetkers Sinne) untaugliche Mittel Putativdelikt sei.]

3. Theorien, welche eine von den obengenannten abgesonderte Stellung einnehmen:

Gretener: Teilung des Objekts wie bei 1 und 2; Regelung beim Mittel kasuistisch;

Garraud: ebenso, ... Benevolo (vgl. bei Mittermaier b).

Hagemann ebenso (vgl. oben im Text: No. 4 der Zusammenstellung in § 11).

Unter dieser No. 4 hätten auch Klee (vgl. § 11, I, 6) und Havenstein (vgl. § 11, II, 1) eingereiht werden können, würde das Hauptaugenmerk auf die Behandlung des Versuchs am untauglichen Objekt (i. w. S.) gerichtet worden sein. So aber mögen die Theorien dieser Autoren den Übergang bilden von § 11 No. 4 zu § 11 No. 6, resp. 7. Ob Havenstein am rechten Platze steht, mag doppelt zweifel-

Digitized by Google

Pompei gelangt zu ganz ähnlichen Folgerungen wie Crivellari. Beim Versuch mit untauglichen Mitteln unterscheidet er relative und absolute Untauglichkeit (S. 27f., 38, 39). Bezüglich des Versuchs am untauglichen Objekt werden zunächst jene Fälle ausgeschieden, in denen ein „ostacolo guiridico" der Vollendung entgegensteht. Im übrigen zerfällt dann der Versuch am untauglichen Objekt auch in einen relativ und einen absolut untauglichen (er verweist hier direkt auf Olshausen, den wir auch zu dieser Kategorie 4 zählen (S. 34); vgl. weiter S. 38). Die Gefahr (Grundlage) muß im Vorbereitungsstadium festgestellt werden. — Von einer Einarbeitung in die Anmerkungen haben wir abgesehen. Seine Deduktionen im einzelnen sind die gewohnten.

Frank. Franks Theorie ähnelt in manchen Punkten derjenigen Crivellaris. Folgendes wäre hervorzuheben:

1. Bei Vorliegen eines Mangels im Subjekt ist ein Putativdelikt (im Sinne Franks) gegeben.
2. Die Streitfrage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs hat somit nur Bedeutung für den Versuch am absolut untauglichen Objekt und mit absolut untauglichen Mitteln. In dieser Hinsicht folgt aber aus Franks Auffassung vom Versuch überhaupt, nach welcher bei diesem lediglich die kausale Beziehung unterbrochen sein darf, daß beim Versuch am absolut untauglichen Objekt

haft sein. Ein neues Zeichen, daß vielfach scharfe Grenzen nicht zu ziehen sind. Im Text sollte von weiteren Differenzierungen abgesehen werden, wird doch eine solche Einteilung, je mehr man sie spezialisiert, durch die steigenden Schwierigkeiten auch eo ipso ungenauer.

Noch ein kurzes Wort über den sogenannten Mangel im Subjekt! Mehrere Theorien, welche wir an diesem Orte aufgezählt haben, führen auch den Mangel im (aktiven) Subjekt als Strafausschließungsgrund an. Auf den ersten Blick weiß man nicht, wo man diese Form bei der relativen und absoluten Untauglichkeit placieren soll. M. E. kann man diese Fälle einmal als Versuch mit absolut untauglichen oder rechtlich untauglichen Mitteln — das Subjekt ist hier als Mittel aufgefaßt — oder auch als Mangel im Objekt ansehen, letzteres davon ausgehend, daß das Objekt im Verhältnis zum Täter nicht geeignet ist, zu dem gewollten deliktischen Erfolge mitwirkend zu werden, daß erst die bestimmte Qualität des Täters das Objekt zu einem tauglichen umwandelt.

Digitized by Google

Straflosigkeit zu postulieren ist, weil ein Putativdelikt vorliegt, beim Versuch mit absolut untauglichen Mitteln dagegen Strafe auszusprechen ist, es sei denn die Anwendung eines bestimmten Mittels im Tatbestand verlangt. Vgl. Frank a. a. O. S. 53, 3 und 54, II.

Es könnte sich hier fragen, ob Frank nicht trotz alledem zu Mittermaier zu stellen wäre; denn offenbar behandelt er den relativ untauglichen Versuch als prinzipiell strafbar. Die besondere Betonung des Moments einer Rechtsunmöglichkeit (wobei Frank Putativdelikt annimmt; andere würden hier von Mangel am Tatbestand sprechen) darf jedoch nicht übersehen werden.

Ist aber Frank nicht inkonsequent? Müßte er nicht seiner Theorie gemäß bei jedem Versuch auch das Vorhandensein eines tauglichen Mittels postulieren? Denn ist nicht bei jedem Deliktstatbestand zum mindesten ein taugliches Mittel verlangt?

Huther, im Ergebnis wohl gleich wie Frank (vgl. speziell S. 452 ff.) S. 456: „Es liegt demnach ein strafbarer Versuch vor, wenn sich alle Tatbestandsmerkmale eines Verbrechens oder Vergehens vereinigt haben, bis auf die Beendigung der Ausführungshandlung bezw. bei den Erfolgsdelikten bis auf den Eintritt des Erfolgs.

Merkel. Mit ebensoviel Recht, als wir Merkel an diese Stelle setzen, hätten wir ihn auch bei Mittermaier b) einreihen können. Die Konsequenzen der beiden Theorien dürfen wohl als die gleichen angesehen werden; lediglich der Weg, auf dem die Autoren dazu gelangen, ist nicht ein und derselbe.

In einer Beziehung nämlich steht Merkels Theorie derjenigen Franks sehr nahe, in dem Umstand, daß auch Merkel, vom Putativdelikt in Frankschem Sinne ausgehend, für dieses Straflosigkeit verlangt. Überdies scheint er aber in diesem Putativdelikt den untauglichen Versuch par excellence zu sehen oder, wie er diesen Handlungstypus auch nennt: den absolut untauglichen Versuch. (Ich nehme an, daß Merkel weiter unten den Ausdruck „absolut untauglich“ im gewöhnlichen Sinn und Umfang auffaßt. Beschränkt auf die eben

Digitized by Google

genannten Fälle des Putativdeliktes (rechtliche Untauglichkeit) wäre er beim Mittel viel enger als gewöhnlich!)

Sieht also Merkel den untauglichen Versuch im eigentlichen Sinne im absolut untauglichen Versuch, so dürfte wohl daraus gefolgert werden, daß er den relativ untauglichen Versuch zum tauglichen zählt und als strafbar behandelt wissen will. Darüber läßt sich Merkel aber näher nicht aus.

Immerhin verteidigt er in seinem Lehrbuch die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit, indem er die Tauglichkeit einem Geeignetsein in abstracto gleichstellt. Ist daher der Ausgangspunkt seiner Theorie ein Franks Lehre verwandter, so deuten doch jedenfalls die Konsequenzen dieser auf Mittermaier. Denn im Gegensatz zu Frank könnte wohl nach Merkel der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln (hier, wie schon angedeutet, ohne Bezug auf die oben genannten Fälle des Putativdeliktes, also auch bei absoluter tatsächlicher! Untauglichkeit) nie bestraft werden.

Allerdings würde nun der Versuch am untauglichen Objekt bei Merkel derselben Regelung unterliegen, welche auch Frank in seiner Theorie angenommen, fallen doch die Scheidungen in relative und absolute Untauglichkeit und Rechts- und Tatunmöglichkeit, von welchen Merkel beide beachtet, Frank nur die letztere anzieht, beim Objekt zusammen; darin aber, daß wir für Merkel nur die erstere zu verwenden brauchen, darin, daß diese Scheidung in Merkels Theorie die primäre Stellung einzunehmen scheint, darin liegt der Beweis der Richtigkeit unserer obigen Andeutungen. Merkel nimmt demgemäß eine Zwischenstellung zwischen den Theorien Mittermaier b) und jenen, welche in Rechts- und Tatunmöglichkeit unterscheiden, ein. Vgl. Merkel, Lehrbuch S. 126, 131, 132.

Olshausen. Er unterscheidet beim Versuch mit untauglichen Mitteln absolute und relative Untauglichkeit, teilt dagegen die Objekte lediglich in taugliche und untaugliche ein. Der Versuch am relativ untauglichen Objekt würde demnach wahrscheinlich zu den Fällen der Tauglichkeit gezählt. Man könnte also Olshausen auch zu

Digitized by Google

Mittermaier b) stellen, doch glauben wir, daß auch er beim Objekt in erster Linie die Unterscheidung nach Rechts- und Tatunmöglichkeit im Auge hat. Vgl. Olshausen a. a. O. § 43 No. 19—23.

Oetker. Er unterscheidet absolute, relative und konkrete Untauglichkeit. Diese Terminologie weicht also insofern von der gewöhnlich gebrauchten ab, als jene Fälle, welche in letzterer absolut untauglich heißen, von Oetker in absolut und relativ untaugliche zerlegt werden und daher unser Begriff absolut untauglich sowohl Oetkers „absolut als relativ untauglich" umfaßt. Konkret untauglich nennt Oetker sodann jene Handlungen, die wir relativ untauglich nannten.

Von Einzelheiten absehend wäre die Theorie Oetkers aber dahin zusammenfaßbar:

1. Der Versuch am absolut untauglichen Objekt ist straflos (als Scheindelikt);
   der Versuch am relativ untauglichen Objekt ist straflos (als Scheindelikt);
   der Versuch am konkret untauglichen Objekt ist strafbar.
2. Absolut untaugliche Mittel gibt es nicht (S. 56). Der Versuch mit relativ untauglichen Mitteln (absolut in unserem Sinn) ist als Putativdelikt straflos. Der Versuch mit konkret untauglichen Mitteln ist strafbar. Mit anderen Worten: Ist das Mittel quantitativ ungeeignet (konkret untauglich), so tritt Haftung für Versuch ein, nicht aber bei qualitativ ungeeigneten Mitteln (relativ untauglichen Mitteln, Putativdolus) vgl. S. 56 a. E., S. 61. Vgl. allgemein Oetker, Versuch S. 55—64.

Garraud. Er nimmt in seinem Traité allerdings sehr subjektivistische Allüren an, wie er denn seinen früheren Standpunkt prinzipiell vollkommen aufgegeben hat (Alimena (1896) Ricerche S. 541 Anm. 6 stellt ihn noch zu Mittermaier; Garçon a. a. O. S. 24 No. 112 macht auf Garrauds neue Stellung aufmerksam; ebenso Garraud selbst a. a. O. S. 394 Anm. 3). Zu den Subjektivisten kann man aber Garraud nicht zählen, kommt er doch in seinen Konsequenzen nicht

Digitized by Google

über Mittermaiersche Gedanken hinaus (so ganz richtig auch Garçon a. a. O. S. 25 No. 116; dazu neuerdings Bernard S. 1008 ff.). Es wird daher das Beste sein, ihm in dieser Kategorie einen Platz einzuräumen. Die Richtigkeit dieser Ansicht zeigt sich ja außerdem in den Leitsätzen der Garraudschen Lehre: Die Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt entscheidet sich gemäß der Unterscheidung von Rechts- und Tatunmöglichkeit. Besteht eine rechtliche Unmöglichkeit für den Eintritt des deliktischen Erfolges, so tritt Straflosigkeit ein. Dem Versuch mit untauglichen Mitteln will Garraud eine Regelung zu teil werden lassen, wie sie ihm tatsächlich in Rußland zu teil geworden. Vgl. Garraud a. a. O. S. 392 ff. Neuerdings scheint Garraud ganz subjektive Ansichten zu vertreten. Vgl. M. J. K. V. Bd. X (1902) S. 102.

Hagemann (ganz ähnlich wie Garraud). Beim Versuch mit untauglichen Mitteln ist eine ähnliche Regelung vorgeschlagen, wie sie das russische St.G.B. 1903 aufgestellt (vgl. S. 241 a. E., 242). Der Versuch, welcher auf Aberglauben beruht, soll straflos bleiben. Eine zweite Fassung (vgl. S. 242 No. 3) deckt sich nicht ganz mit der ersten. — Beim Versuch am mangelnden Objekt postuliert Hagemann Straflosigkeit. Es fehle das gefährdete Rechtsgut (S. 233 ff., 236). Ist ein bestimmt geartetes Objekt im gesetzlichen Tatbestand verlangt, dieses aber nicht vorhanden, so ist Straflosigkeit wegen Mangels am Tatbestand gegeben (S. 242). Beim sog. „relativ untauglichen Objekt" liegt ein Versuch mit untauglichen Mitteln vor. —

Im übrigen werden die Gesetzesformulierungen von Havenstein auf die „Handlung", nicht auf „Mittel" und „Objekt" radiziert. Daher sieht er sich veranlaßt, in einem eigenen Absatz bestimmte Versuchshandlungen als straflos zu bezeichnen. Sonst müßten diese gestraft werden. —

In den Konsequenzen und Argumentierungen, die sich auf den Versuch am untauglichen Objekt beziehen, zeigt Klee (vgl. oben § 5 III, IV) viel Verwandtes.

Gretener. Bei Greteners Ansicht herrschen dieselben Ge-

Digitized by Google

sichtspunkte vor, welche beim russischen Entwurf befolgt wurden. Insofern kann auch zum Teil auf Garraud verwiesen werden. Vgl. Teil I S. 40 unserer Arbeit, dazu Anm. 4 ebda.

Benevolo. Dieser kann ebenso gut zu Mittermaier b) gestellt werden. Vgl. dort.

Carrara. Bezüglich Carraras vgl. unsere Anm. 3 oben S. 79; vgl. auch oben bei Mittermaier b).

Stiegele will genau jene Regelung vornehmen, welche wir oben Anm. 3 S. 79 für Carrara dargelegt haben; vgl. auch zu Mittermaier b).

Loening S. 47, 48, 50 scheint zu den gleichen Konsequenzen zu gelangen, wie wir sie oben für die Theorie Crivellaris dargestellt. Der Ausgangspunkt seiner Deduktionen liegt in seiner Auffassung des Putativdeliktes (gleich wie bei Frank). Für den Versuch am untauglichen Objekt ist maßgebend die Scheidung in Rechts- und Tatunmöglichkeit. Der Versuch mit untauglichen Mitteln scheidet sich in straflosen und strafbaren, je nachdem der Erfolg absolut unmöglich ist oder nicht. Damit ist aber nichts anderes gesagt als: je nachdem das Mittel „absolut" untauglich ist oder nicht. Unseres Erachtens übersieht Loening die notwendige Relation zwischen Mittel und Erfolg. —

5. Weitere Anhänger der objektiven Lehre, bei welchen jedoch a) die Theorie in keine der bisher aufgeführten Kategorien paßt, b) die Ansicht nicht genauer präziziert werden konnte.[1])

a) v. Bar, vgl. dazu v. Bar a. a. O.; außerdem Geib a. a. O. S. 306; Rubo, G. S. 1865 S. 31 ff.

Orestano. In seiner Schrift „il conato" behandelt Orestano zunächst mit Bezug auf jene Punkte, welche uns hier etwas

[1]) D. h. insoweit uns die von uns berücksichtigte Literatur die Möglichkeit gibt, die Stellung des betreffenden Schriftstellers festzustellen. Durch Berücksichtigung weiterer Literatur hätte vielleicht bezüglich dieser Autoren mehr Klarheit gewonnen werden können. Doch sollte gerade solche nicht mehr in Betracht gezogen werden.

Digitized by Google

angehen, in Sezione IV S. 78ff. die Frage über die Handlungen mit untauglichen Mitteln, und erst später in Sezione V geht er auch auf die Frage der Strafbarkeit des Versuchs am untauglichen Objekt näher ein.

Eigentümlich berührt dabei auf den ersten Blick der Umstand, daß dieser Autor das „reato impossibile“ auf den Versuch am untauglichen Objekt zu beschränken scheint, ein Moment, auf welches aus seinen Ausführungen, speziell auf Grund der gewählten Beispiele, geschlossen werden muß. Immerhin bietet sich leicht eine Erklärung dieses Umstandes, bedenkt man, daß das italienische Gesetz zum Versuch taugliche Mittel verlangt und demgemäß die Form des Versuchs mit untauglichen Mitteln in unserem Sinne eigentlich hinfällig geworden ist. Es kann sich allerdings noch um die Frage handeln, was mit dem Begriff „tauglich“ ausgesagt werden soll. Die Ausscheidung der Form des Versuchs mit untauglichen Mitteln in der gewohnten Auffassung aus dem untauglichen Versuch ist jedoch damit vollkommen begründet.

Bezüglich der Anwendung untauglicher Mittel kommt nun Orestano, wie schon einer seiner Leitsätze beweist, zu folgendem Ergebnis:

„Mezzi inidonei assoluti non sono punibili“ (S. 78 No. 72).

Dies Resultat betont er dann nochmals S. 81 No. 72 mit den Worten: „La scienza è ora concorde nel riconoscere non punibile l'operare delittuoso con mezzi assolutamente inidonei“; und No. 73: „La sola inidoneità assoluta esclude per la scienza penale la responsabilità dell' agente“. Würde man aber glauben, daß in diesen Worten die Sanktionierung der Mittermaierschen Theorie liege, so dürfte man alsbald des Irrtums gewahr werden, betrachtet man die Äußerungen S. 81: „Qui fa d' uopo osservare, che il tentativo si svolge sul reato singolare che il malvagio ha preso di mira. La inidoneità assoluta deve stare nei rapporti col delitto, che si tenta di consumare. Da ciò ne viene che la inidoneità non è solamente quella in abstracto, ma assoluta in concreto nel determinato delitto. Ritenere, per come volle Pratobevera,

Digitized by Google

la inidoneità assoluta in abstracto, e quella in concreto essere mezzo insufficiente, non è conforme alla verità."

„Si chiami pure come si vuole. Per me, lo insufficiente assoluto, che neutralizza l'operare delittuoso dell' attentante, si risolve in un mezzo inidoneo, che non gli potrà fare conseguire il fine voluto." „Pel delitto preso di mira l'inidoneità genericamente relativa si trasforma in assoluta." (Vgl. auch noch S. 82 Abs. 6.)

Demnach nimmt Orestano den gleichen Standpunkt ein wie jene deutschen Schriftsteller, welche der Meinung sind, daß ein in concreto (relativ) untaugliches, ein unzulängliches Mittel stets im Versuch, im konkreten Fall sich als absolut untauglich erweise. Allerdings können unsere, jenen gegenüber gemachten Einwände (S. 92 f. unserer Arbeit) auf Orestano nicht übertragen werden; denn dieser weist ja die Mittermaiersche Scheidung in ihrem alten Sinn zurück, während jene anderen Schriftsteller sie aus sich heraus widerlegen wollen.

Orestano unterscheidet ja beim Mittel nicht mehr Untauglichkeit und Unzulänglichkeit, absolute und relative Untauglichkeit, er kennt nur noch eine Untauglichkeit, welche stets absolut ist, und eine Tauglichkeit. Und diese Scheidung scheint nicht nur formell verschieden von der Mittermaierschen zu sein, wie etwa die jener Autoren, welche einfach die Unzulänglichkeit zur Tauglichkeit stellten. Es scheint ein sachlicher Unterschied in der Betrachtungsweise Orestanos zu liegen, in einer Betrachtungsweise, welche das Mittel stets in Beziehung zum speziellen gewollten Delikt und dessen Ausführung setzt, welche daher von jeder Abstraktion absieht, obschon sie nicht etwa im Burischen Sinne ex post schließt.

Die Auslegung in diesem Sinne scheinen denn auch Orestanos Ausführungen: „del fortuito" Sez. VI zu bestärken, wo eben von tauglichen Mitteln die Rede ist, von mezzi idonei in concreto. Führen diese Mittel aber auch nicht zum Erfolg, so ist nicht die Untauglichkeit im Spiel, sondern der Zufall. Da ist aber die Strafe begründet.

Aus dem Abschnitt, welcher sich speziell mit dem „reato

Digitized by Google

impossibile“ beschäftigt, wären sodann folgende Leitsätze Orestanos zu merken:

S. 91 No. 87: „Non esiste conato per un reato impossibile. L'impossibilità alcuni la dicono fisica, altri legale, ma in sostanza è giuridica.“

No. 88: „Tanto la fisica che la legale, si risolvono nell' impossibilità giuridica.“

Dazu ist aus den weiteren Ausführungen folgendes hervorzuheben: Bei der absoluten Untauglichkeit (hier wiederum in oben hervorgehobenem Sinn!) unterscheiden manche Schriftsteller zwischen physischer und legaler Unmöglichkeit des Erfolgseintritts. (Es seien hier nur kurz einige Zweifelsfragen eingeschaltet, da die Äußerung Orestanos sehr ungenau ist: Um wessen absolute Untauglichkeit handelt es sich? — Da von reato impossibile die Rede ist: offenbar um jene des Objektes; da ist es aber falsch, von physischer Untauglichkeit zu sprechen! Doppelt undeutlich ist jedoch der Ausspruch, ist doch offenbar der Ausdruck „absolute Untauglichkeit“ hier im oben skizzierten Sinne aufzufassen. Es könnte demgemäß sowohl eine richtige als eine ganz falsche Auffassung darin verborgen sein).

Orestano aber findet nun eine Scheidung nach physischer und legaler Untauglichkeit unangebracht, da diese beiden Untauglichkeitsarten in eine „juristische Untauglichkeit (inidoneità giuridica)“ sich auflösten, sei doch das Verbrechen „un ente giuridica“ und infolgedessen auch die benannten Untauglichkeitstypen juristische. Dazu ist zu bemerken, daß diese Ansicht Orestanos vollkommen belanglos ist, ändert sie doch tatsächlich nichts am Hergebrachten, da sie lediglich ein neues Wort einführt. Sie ist auch noch um so belangloser, als die oben genannte Scheidung in Orestanos Theorie offenbar gar keine Rolle spielt.

Die Straflosigkeit des Versuchs beim reato impossibile folgt vielmehr aus der Anschauung Orestanos, die sich in dem Satze ausspricht: „Ogni delitto ha un essenza di fatto proprio ed un mezzo necessario col quale si esegua. Tutti e due riuniti in armonia coll' essenza di fatti subbiettivi, costituiscono l'ente giuridico reato.“ Er meint damit, der

Digitized by Google

allgemeinen Ansicht folgend, daß jedes Delikt einen verbrecherischen Willen, ein zum Versuch nötiges Mittel und ein bestimmt geartetes Objekt verlange (vgl. a. a. O. S. 92).

Daraus folgert er dann ganz richtig: „Or nei reati impossibili, si ha una volontà malvaggia, e il mezzo necessario impiegato insufficiente, per la mancanza assoluta della essenza di fatto obbiettivo del delitto“ (S. 93 Abs. 2).

Aus diesem Grunde folgt dann auch die Schlußfolgerung: „tali fatti non possono classificarsi per tentativi di reato. Epperò l'impossibilità del fine, star deve in modo assoluto, di non potersi perpetrare il reato che si prende di mira.“

Hierin aber liegt wiederum eine Einschränkung zum ersten angeführten Leitsatz: „Non esiste conato per un reato impossibile“, den wir nunmehr dahin umändern könnten: „Non esiste conato per un reato assolutamente impossibile.“

Daraus wiederum folgt die Strafbarkeit des Versuchs am relativ untauglichen Objekt, wobei Orestano noch darauf aufmerksam macht, daß die relative Untauglichkeit sich mit dem Zufall nahe berührt, mit jenem verschwimmt.

Zusammenfassend könnte also seine Theorie lauten: Der absolut untaugliche Versuch = der notwendig untaugliche Versuch = der von einem Intelligenzmangel beeinflußte Versuch (S. 79) ist straflos; der relativ untaugliche Versuch = der zufällig untaugliche Versuch = der von einem Intelligenzmangel unabhängige Versuch ist strafbar.

Liegt aber in diesem Schluß nicht eine Negierung der beim Mittel am Anfang des soeben behandelten letzten Abschnittes vertretenen Auffassung von absolut? — Weisen die Beispiele S. 93 a. E. nicht darauf hin, daß hier, wie gewöhnlich, von der konkreten Ausführung abstrahierend, die Tauglichkeit abstrakt gefaßt wird?

Jedenfalls ist die nahe Verwandtschaft mit Mittermaiers Theorie im weiteren Sinne nicht zu leugnen.

b) Stephen. Wenn Stephen a. a. O. S. 40 Abs. 2 sagt: „An act done with intent to commit a crime, the commission of which in the manner proposed was, in fact, impossible, is

Digitized by Google

an attempt to commit that crime", so bezieht sich diese Stelle offenbar auf den untauglichen Versuch. Auch könnte man aus den Worten „in the manner proposed" entnehmen, daß darin der relativ untaugliche Versuch ins Auge gefaßt werde. Wie steht es aber mit der Strafbarkeit? Ist nur der relativ untaugliche Versuch strafbar? Dagegen würde das auf S. 41 (No. 10 a. a. O.) angeführte Beispiel sprechen, soll es einen Fall strafbaren Versuchs darstellen („A puts his hand into B's pocket with intent to steal whatever he finds there; the pocket is empty. A has attempted to steal from B's person"). Bezieht sich die Scheidung in relative und absolute Untauglichkeit eventuell auf Mittel und Objekt? Eben dasselbe Beispiel führt einen Fall des Versuchs am untauglichen Objekt an, andere Fälle sind nicht berücksichtigt.

Die Stellung Stephens ist also nicht mit Sicherheit feststellbar. So viel aber ist ersichtlich, daß er diese gegenüber früher verändert hat (vgl. z. B. Stephen, Auflage 1877 S. 29, wo noch der Schluß zu oben zitierter Stelle lautet: „is not an attempt to commit that crime"; vgl. auch S. 30, wo das oben zitierte Beispiel mit den Worten schließt: „A has not attempted to steal from B's person"; vgl. dazu Alimena, Ricerche S. 542, dem die Auflage von 1887 zur Verfügung stand).

Rolin, gemäß seiner Kritik über den Entwurf zu einem schweizerischen St.G.B., in welcher er für die Regelung des untauglichen Versuchs eine kasuistischere Formulierung verlangt, allerdings ohne im geringsten seine Stellung zu präzisieren; vgl. oben Teil I S. 48 und Anm. 1 ebda.

Picot, vgl. a. a. O. S. 121 und 122. Er bewegt sich wesentlich in Mittermaierschen Anschauungen, wie dies speziell aus S. 121 Abs. 4 und 5 hervorgeht. Doch verwirft er schließlich jegliche Unterscheidung, so auch diejenige in absolute und relative Untauglichkeit. Dies der Grund, warum wir ihn hier eingereiht.

Mercier, a. a. O. S. 55—57.

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht, S. 76. (Ausgehend von der Theorie der adäquaten Verursachung.)

Birkmeyer, Encyclopädie S. 1046. (Anklänge sowohl an die objektive Theorie, wie auch an Lisztsche Grundsätze.)

Digitized by Google

6. Gemischte Theorien.

v. Liszt. Über v. Liszts Theorie vgl. oben § 6 S. 121 ff.; dazu Anm. 2 S. 121. Garofalo, Criminologie S. 340 und Tuozzi a. a. O. S. 176 zählen v. Liszt zu den Subjektivisten.

Rosenberg, vgl. oben § 6, I, S. 121 Anm. 2.

Roux, vgl. ebenda.

Bünger zählt sich offenbar zu den Anhängern von Liszts Theorie. Er gelangt zu diesem Ergebnis auf Grund seiner Folgerungen vom Willensbegriff aus. (Vgl. S. 352 ff., 361.)

v. Lilienthal scheint in seinem „Grundriß" die gleiche Ansicht wie v. Liszt zu vertreten (vgl. oben II. Teil § 6; Grundriß § 27). Der einzige Unterschied zwischen den Meinungen beider Autoren liegt wohl darin, daß v. Lilienthal eine Parallele zwischen gefährlich, ungefährlich und relativ untauglich, absolut untauglich offenbar für möglich hält, während v. Liszt die letztere Scheidung gar nicht erwähnt (vgl. oben II. Teil Anm. 1 S. 122). Lilienthal nähert sich demgemäß Mittermaiers Richtung mehr als Liszt. —

Aus v. Lilienthals Kritik zum schweizerischen Entwurf gewinnt man zunächst den Eindruck, als wollte dieser Autor Mittermaiersche Gedanken vertreten (vgl. Teil I S. 38, 39). Dem schweizerischen Entwurf stimmt er aber bezüglich des weiten Maßes der Strafbarkeit mit ausdrücklicher Betonung des Willensmomentes zu. So viel scheint also sicher: daß er doch nicht zu Mittermaier gestellt werden darf. —

Als maßgebend muß das im Grundriß Gesagte betrachtet werden.

Zucker. Über Zuckers Stellung vgl. Olshausen a. a. O. S. 146 a. A. und Oetker, Versuch S. 63 Anm. 30, woraus hervorgeht, daß Zucker eine ähnliche Stellung wie v. Liszt einnimmt. Vgl. auch G. A. Bd. 36 S. 371 ff., speziell S. 375, Bd. 37, S. 274 ff. Im Gegensatz zu Liszt zieht aber Zucker viel mehr Merkmale des konkreten Tatbestandes in Rücksicht. Daß dadurch Willkürlichkeiten hervorgerufen werden, zeigt Havenstein, G. A. XXXVII S. 134 ff.

Kohler, vgl. oben unsern § 4 S. 94 ff.

Digitized by Google

Klee, vgl. oben unsern § 5 S. 103 ff.

Horn. Es würde zu weit führen, Horns Theorie im einzelnen darzulegen. Seine Ausführungen faßt er a. a. O. S. 356, 357 selbst zusammen, und daraus ersehen wir, daß: „der Strafgrund des Versuchs-Verbrechens die Gefährlichkeit einer zur Verwirklichung eines verbrecherischen Tatbestandes vorgenommenen vorsätzlichen Tätigkeit ist."

„Diese Gefährlichkeit muß sein:

1. eine objektive und abstrakte, insofern mit der Betätigung des Vorsatzes eine „Ursache" in abstracto (inklusive der des dominium causae) gesetzt wird, welche Ursächlichkeit in abstracto einer der Schlußaktion vorausgehenden Handlung zukommt, wenn sie entweder als selbständig wirkende Mitursache in den Tatbestand einzulaufen geeignet ist, oder wenn sie als eine zur Erzeugung der Schlußaktion kraft ihrer automatisch-triebmäßigen Beschaffenheit geeignete Aktion erscheint.

   Der Anfang der Ausführung und damit das Versuchsstadium im Gegensatz zur bloßen Vorbereitung beginnt mit der Vornahme einer so gearteten Körperaktion.

2. Die Gefährlichkeit muß sodann sein eine konkrete, bestehend in dem nachträglichen Eindrucke der vom dolus durchtränkten Handlung, in dem Eindrucke der Bedrohlichkeit, in der aus der Reflexion, daß die Tat wohl hätte gelingen können, bei den Rechtsgenossen sich ergebenden Beunruhigung und der daraus folgenden Störung des Rechtsfriedens.

Diese konkrete Gefährlichkeit aber wird ausgeschlossen, wenn aus Handlung und Vorsatz sich ergibt, daß jene Reflexion für einen verständigen Menschen nicht am Platze war, weil aus Handlung und Vorsatz ohne weiteres zu erkennen ist entweder eine intellektuelle Ohnmacht zur Herbeiführung des Erfolgs (Dummheit, Albernheit) oder ein physisches Unvermögen (Untauglichkeit des Objekts) oder eine Kraftlosigkeit der verbrecherischen Willensenergie,

Digitized by Google

die wir insbesondere auch bei dem freiwilligen Rücktritt vom Versuche anzunehmen haben."

So weit Horn. Beim Lesen der zitierten Schrift, besonders des Abschnittes II, wird man hier und da verwandten Deduktionen, wie denen von v. Liszt und Kohler begegnen. Köhler S. 51 sieht selbst in seiner Theorie eine „Vereinigung" beider, d. h. des subjektiven und objektiven Gesichtspunktes. Unseres Erachtens gibt seine Ansicht aber nicht eine befriedigende Lösung der Frage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. — Nach Köhler ist der untaugliche Versuch strafbar, „falls der Täter mit seiner Ausführungshandlung vorsätzlich bereits den Boden des Rechtswidrigen in der Richtung auf den gewollten Erfolg betreten hat, d. h. falls seine Versuchshandlung bereits einen verbotenen Durchgangspunkt bildet für den im Einzelfall vorgestellten Erfolg." — Der vom Täter ins Auge gefaßte Erfolg wird somit beachtet und wegen versuchter Herbeiführung dieses Erfolges bestraft, wenn — accessorisch — eine Rechtswidrigkeit, d. h. ein an sich strafbarer Tatbestand in der versuchten Handlung enthalten ist. Dieser an sich rechtswidrige Tatbestand muß aber zugleich einen „Durchgangspunkt" für den gewollten Erfolg bedeuten. Dann erst gewinnt auch der gewollte Erfolg rechtliche Beachtung. Wie man aber gleich sieht, bedeutet dies keine Lösung der Kontroverse. Neue Schwierigkeiten tauchen auf. In jedem Fall, in dem „der Boden des Rechtswidrigen" betreten ist, fragt es sich noch, ob die Versuchshandlung auch einen „Durchgangspunkt" für den vorgestellten Erfolg bedeutet. Da kann man aber, wie schon Gerland in seiner Rezension (G. S. Bd. 63) hervorhebt, schon bezüglich des letzten von Köhler selbst angeführten Beispiels verschiedener Ansicht sein und dies um so mehr, als ja der „im Einzelfall vorgestellte Erfolg" maßgebend ist. Wie weit ist also der Begriff „Durchgangspunkt" zu fassen? Soll darin nur ein notwendiges Accessorium des einzelnen Deliktes (z. B. Nötigung) liegen? Dann liegt in der dadurch bedingten Zufälligkeit der Strafbarkeit eine Ungerechtigkeit. Wer einem widerspenstigen Kranken in Vergiftungsabsicht Zucker statt

Digitized by Google

Arsenik gibt, ist strafbar; wer einen willfährigen Kranken pflegt und keiner Nötigung bedarf, bleibt straflos.

Wachenfeld S. 268, 269 folgt einer Ansicht, die zwischen jenen Kohlers und Klees zu stehen scheint. Grundlage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ist ihm die Gefahr für die Rechtsordnung, welche sich im verbrecherischen Plan zeigt. Beim Versuch am untauglichen Objekt wird jedoch plötzlich auf das Rechtsgut zurückgegriffen, ein Angriff gegen ein Rechtsgut verlangt.

Darin scheint uns ein Widerspruch zu liegen. —

Berolzheimer. Vgl. S. 384: „Mithin fallen unter den Begriff des strafrechtlichen Versuchs alle jene Handlungen, welche sich objektiv (nach allgemeiner Anschauung) als Anfangshandlungen darstellen und welche die Willenstendenz des Handelnden auf den Erfolg zum Ausdruck bringen, mögen sie zu einer Vollendung in concreto führen können oder nicht.“ Vgl. auch die Beispiele ebenda. Berolzheimer ließe sich aber wohl auch zu den Theorien unter No. 5 a stellen.

II. Subjektive Theorien.[1])

1. Gemäßigte Subjektivisten.

Lammasch, vgl. oben unsern § 7 S. 138 ff.

Hertz.

Goldfeld.

v. Kries. Die Stellung von v. Kries zu unserer Frage entnehmen wir dem Werk „Möglichkeit“ S. 309. Nachdem dort v. Kries verschiedene Ratschläge bezüglich anderweitiger Regelungen gegeben, schließt er den betreffenden Abschnitt mit den Worten: „Unter diesen Umständen dürfte es wohl als das Richtigste erscheinen, wenn das Gesetz bezüglich des Strafmaßes des Versuchs dem arbitrium des Richters einen nicht zu engen Spielraum setzte und außerdem nur bestimmte, daß bei ganz ungefährlichen Versuchen (mit generell untauglichen Mitteln oder an untauglichen Objekten) das Strafminimum einzutreten, im

[1]) Soweit bei den einzelnen Autoren keine speziellen Hinweise gegeben sind, vgl. unsere Anm. 1 S. 141.

Digitized by Google

übrigen die Strafbemessung durchgängig der Gefährlichkeit Rechnung zu tragen habe."

Es ist also die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs in weitestem Umfang empfohlen und verteidigt.

v. Sterneck.

Stooß.

Lucchini, gemäß seiner Ansicht in der Kritik über den schweizerischen St.G. Entwurf. Dort stimmte Lucchini in seiner Äußerung: „Non posso (invece) che approvare incondizionatamente la concettosità esauriente delle giuste disposizioni sul conato" auch der Regelung des untauglichen Versuchs zu. Vgl. oben Teil I S. 16 und 47, 48, sowie die entspr. Anm. ebda.

Correvon, gemäß seiner Stellungnahme zum Entwurf in der Expertenkommission zur Beratung des schweizerischen St.G.B.'s; vgl. oben Teil I S. 46, dazu auch Anm. 2 ebda.

Groß, vgl. oben Teil I S. 39 und Anm. ebda. Allerdings kann Groß nur dann zu den Subjektivisten gezählt werden, wenn man den Entwurf zu einem schweizerischen St.G.B. von 1894 auch als subjektiv gelten läßt. Unseres Erachtens ist allerdings sowohl an den subjektivistischen Absichten des Redaktors, als auch an der Notwendigkeit einer subjektivistischen Interpretation des Gesetzestextes nicht zu zweifeln möglich und so wäre denn auch Groß, seiner dem Gesetze zustimmenden Haltung entsprechend, zu den Subjektivisten zu zählen.

Havenstein, G.A. Bd. XXXVI. Maßgebend ist für die Strafbarkeit der objektivierte, gefährliche, verbrecherische Wille (S. 46, 64 ff.). Starke Einschränkungen erleidet die Strafbarkeit dadurch, daß nach Havenstein beim Versuch am nicht existierenden Objekt solcher Wille nicht feststellbar ist (S. 64 ff.), beim Versuch mit abergläubischen Mitteln aber „eingebildete effektlose Anstiftungen" vorliegen (S. 63). Den Versuch am untauglichen Objekt im engeren Sinne faßt er als vollendete Handlung, deshalb nicht als Versuch, und als straflose Handlung wegen eines Mangels am Tatbestand auf (S. 35 ff., vgl. auch G.A. XXXVII S. 130 ff.; im Ergebnis gleich: Klee, vgl. oben S. 112 ff.). Zu dieser Theorie äußerte sich: Zucker G.A. XXXVI S. 370 ff., XXXVII S. 274 ff.

Digitized by Google

Osenbrüggen, S. 38ff. ist in seinem Ausgangspunkt, in der Grundlage seiner Theorie (Versuch ist objektivierte Absicht (S. 34); Absicht=Wille, vgl. S. 20) subjektiv. Der Ausschluß der Objektivierung beim untauglichen Mittel (S. 39) und eine ähnliche Ansicht bezüglich des Versuchs am untauglichen Objekt führen ihn jedoch zu ungefähr den Folgerungen, wie sie die Richtung Mittermaiers vertritt. Vgl. oben S. 245ff.; Osenbrüggen S. 39, 42 und 49.

2. Strenge Subjektivisten.

v. Buri, vgl. oben unsern § 8 S. 166ff.

Das Reichsgericht.

Stenglein, Deutsche Juristen Zeitg. Bd. VII S. 332ff.

Gallet.

Garçon.

Pirozzi.

Haelschner. Vgl. Haelschner, Lehrbuch S. 344—354; System Bd. I S. 184ff. Nach Geib a. a. O. S. 310 wäre Haelschner noch zu Mittermaier a) zu stellen.

Prins.

Schwartze.

Saleilles. Die subjektive Stellung Saleilles' geht hauptsächlich hervor aus dem dritten Teil seiner schon oft zitierten Schrift. Seine Ansicht, welche die Strafbarkeit des Versuchs auf den vergegenständlichten Willen gründet, legt er hauptsächlich gegen Ende der Schrift klar und deutlich dar, so z. B. S. 69: „la loi punit dans la tentative une volonté qui s'est traduite en acte . . . . .“ Gleicher Ansicht wie wir ist bezüglich der Stellung Saleilles' auch Garçon a. a. O. S. 24 No. 112.

Bernard. „En tant qu'inspiration générale, la doctrine subjective semble de plus en plus, sauf quelques rares dissidences, rallier les suffrages des criminalistes“ (S. 1010). Dieser Satz zeigt uns schon die Stellung Bernards. Sein Aufsatz stellt gleichsam eine Verteidigung von Saleilles' Theorie dar, indem, bewogen durch den steten Widerspruch, den einige Schriftsteller in Frankreich und die Untergerichte in Deutsch-

Digitized by Google

land dem Subjektivismus entgegenbringen, untersucht wird, ob dieser nicht allen Anforderungen genüge. Bernard kommt zu dem Ergebnis, daß der Subjektivismus alle Anforderungen befriedigen könne. Ja er gehe, rein aufgefaßt, zu weit. Deshalb sei nicht nur auf die Gefährlichkeit des Täters, sondern auch auf jene der Handlung als „événement social" zu sehen. Kurz: maßgebend ist der objektivierte Wille! Den „sentiments publics" sei nicht zu viel Gewicht beizulegen.

Zürcher.

Nabokow, vgl. S. 10 und 16: „Dans la tentative à moyens inefficaces, c'est aux particularités subjectives du criminel, se manifestant dans le choix des moyens, que revient l'importance décisive; ainsi, par exemple, le châtiment lui est épargné s'il y a ignorance et superstition." (système du code pénal russe de 1903) S. 10: „L'extrême ignorance" et la superstition servent d'excuse parce qu'elles sont reconnues, ..., comme confinant plus ou moins à l'irresponsabilité."

Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 480 These § 1 Abs. 2 (im Ergebnis ungefähr wie unsere Theorie).

Harburger, ebenda (analog wie Seuffert), vgl. S. 491, 493, 494.

Rosenfeld, ebenda S. 502, 503, stimmt allerdings Seufferts These zu, scheint aber Lisztschen Gedankengängen zu folgen und es besonders auch auf die Gefährlichkeit der Tat abzustellen. Ein sicherer Schluß ist auf Grund seiner Ausführungen nicht möglich.

3. Strengste Subjektivisten.

Eisenmann.

Thiry.

Finkelburg, gemäß seiner Äußerung: M.J.K.V. X (1902) S. 501, 502.

4. Anhänger der positiven Schule.

Ferri.

Fioretti.

Garofalo. Garofalos Ansicht scheint Miler, M. J. K. V. Bd. X (1902) S. 77 zu akzeptieren, ohne daß ersichtlich ist, wie weit diese Zustimmung genauer reicht.

Majno.

Digitized by Google

Dritter Teil.

Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission (März 1896). Persönliche Gesetzesvorschläge.

§ 1. Kritische Betrachtungen der einschlägigen Bestimmungen des Kommissionalentwurfs 1896.

I. Schon in den einführenden Bemerkungen haben wir Aufgabe und Ziel dieses dritten Teiles unserer Arbeit hervorgehoben; sie bestehen im wesentlichen darin, einen kurzen Blick auf die spezielle Regelung zu werfen, welche der Kommissionalentwurf 1896 getroffen hat, unsere Ansicht über die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu äußern, um im nächsten Paragraphen noch eine eigene, unserer Auffassung entsprechende, Normierung des Versuchs in Anlehnung an bisher gegebene gesetzliche Festsetzungen zu versuchen.

Treten wir nunmehr ohne Verzögerung in die Erörterung ein.[1])

---

[1]) Bezüglich der Literatur vgl. unsere Anm. 1 S. 8 in den einführenden Bemerkungen. Wir beziehen uns puncto Rechtsvergleichung (in oben angeführtem Sinn) nur auf Picot, da dessen Arbeit speziell den Versuch betrifft. Natürlich könnten auch die übrigen in Anm. 1 S. 8 zitierten Arbeiten in Betracht gezogen werden.

Im übrigen vgl. bei der Lektüre dieses 3. Teiles die Zusammenstellung aller näher zu berücksichtigenden Gesetzesstellen der fünf Entwürfe im I. Teil § 5 S. 50ff.

Digitized by Google

Die heutige **Fassung der Versuchsbestimmung:** „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft" bedeutet im Vergleiche zu den Regelungen früherer Entwürfe einen unbestreitbaren Fortschritt, welcher wiederum gegenüber der Bestimmung des Juni-Projektes 1893, die den Versuch als „teilweise Ausführung" auffaßte, besonders stark in die Augen sticht. Daß jene Fassung fallen gelassen wurde, ist ein wahres Glück zu nennen, hätte sie doch wahrscheinlich zu einer rein objektiven Interpretation Anlaß gegeben. Die unhaltbaren Resultate einer solchen Auslegung und Theorie sollten jedoch durch die Erörterungen im II. Teil genügend scharf charakterisiert worden sein.[1])

Eine Definition des Versuchs ist seither in den Entwürfen nicht mehr aufgestellt worden, obschon eine solche von verschiedener Seite verlangt wurde.[2]) Stooß berief sich vielmehr verschiedentlich bei Einwendungen gegen den Wegfall jeglicher Versuchsbestimmung auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch.[3]) Ohne Zweifel war dies jedoch ein schwacher Punkt seiner Ausführungen, denn obschon mehrere Schriftsteller seiner Ansicht über die Gleichheit des juristischen und des sprachgebräuchlichen Begriffes „Versuch" beistimmen,[4]) sind

---

[1]) Vgl. Teil II § 2 II S. 67 a. E. ff.

[2]) Eine Definition des Versuchs oder eine nähere Erläuterung im Sinne des gebräuchlichen Anfangs der Ausführung verlangten: v. Liszt, Gretener, Zucker, Högel, Rolin, Oetker, Mercier. Näheres vgl. im I. Teil § 1 a, b, c, S. 9—16. [Neuerdings für nähere „Begrenzung": Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 463 (vgl. hierzu unten Anm. 1 S. 293); Harburger, M.J.K.V. X (1902) S. 489]. Vgl. auch unten Anm. 1 S. 293 u. 1 S. 294.

[3]) So Verhandlungen Bd. I S. 90; Bd. II S. 396.

[4]) So z. B. Pfotenhauer, vgl. bei Rubo, G.S. 1865 S. 15; Zachariae a. a. O. S. 1—2 und 8; Pfenninger a. a. O. S. 775, 785 (dieser gibt jedoch die Möglichkeit einer Trennung zu); Holtzendorff, Handbuch II S. 270; Schneider a. a. O. S. 30ff.

Gerade in diesen Ansichten zeigt sich schon das Schwankende des Begriffs „Versuch". Man braucht nur die Äußerung Pfotenhauers zu betrachten, welchem zum Begriffe „Versuch" genügt, „daß vorsätzliche, die Vollendung des Verbrechens bezweckende Schritte unternommen worden seien". Hierdurch werden also ganz allgemein die sogenannten Vorbereitungshandlungen zum Versuch gestellt.

Digitized by Google

doch wieder ebenso viel andere Autoren vorhanden, welche einen Unterschied zwischen diesen Begriffen als gegeben erachten.[1]) Daß ursprünglich der juristische Begriff „Versuch" mit dem sprachgebräuchlichen sich gedeckt haben mag, dies ist auch unserer Ansicht nach richtig; der heutige allgemein gebräuchliche juristische Versuchsbegriff deckt sich jedoch mit dem gewöhnlichen nicht mehr, es muß vielmehr ein Unterschied im Sinne Haelschners angenommen werden: der juristische Begriff „Versuch" ist wohl enger als der gewöhnlich gebräuchliche.[2])

Allerdings ist Stooß' Hinweis auf den Sprachgebrauch insofern begreiflich, als der Entwurfsredaktor sicher sein konnte, daß die Praxis sich ohne Schwierigkeiten auch mit einer Nichtbestimmung des Versuchsbegriffes ausfinden würde. Er konnte deshalb mit einem gewissen Recht auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch verweisen, mit vollem Recht aber erst dann, wenn er die Verschiebung des heutigen Rechtszustandes, die Erweiterung des strafbaren Versuchs auch wirklich mit in den Kauf nehmen wollte. Dieser Umstand aber bleibt zweifelhaft.

Der Kommissionalentwurf hat nunmehr in der Bestimmung: „wer ein Verbrechen auszuführen versucht" . . . . eine Erläuterung gegeben, welche sicherlich sehr nahe an den gewohnten „Anfang der Ausführung" heranreicht, welche gegenüber früheren Fassungen, z. B.: „der Versuch wird milder bestraft", ohne Frage eine Verbesserung aufweist; unzweifelhaft dürfte es jedoch sein, daß selbst die gewohnte Bestimmung des Versuchs als Handlung, welche einen Anfang der Ausführung enthält, keine Definition aufstellt,[3]) wie viel weniger daher die Entwurfsfassung!

Ist nun diese Nichtdefinierung des Versuchs gut-

Vgl. dazu auch die S. 293 Anm. 1 Zitierten, die mit der Weglassung jeglicher Definition einverstanden sind.

[1]) So Haelschner, Lehrbuch S. 332; v. Buri, G.S. 1880 XXXII S. 322; Gretener in Verhandlungen Bd. I S. 92; Schlecht a. a. O. S. 847 und Anm. 80 dazu; v. Sterneck S. 4; Stiegele a. a. O. S. 6 Anm. 6.

[2]) Haelschner, Lehrbuch S. 332.

[3]) Gleicher Ansicht sind die im II. Teil S. 208 Anm. 3 Zitierten.

Digitized by Google

zuheißen? Hätte es nicht eher versucht werden sollen, eine bisher gebräuchliche Bestimmung aufrecht zu erhalten, statt alles fallen zu lassen?[1])

Es könnte uns allerdings geantwortet werden, daß auch bisher — wie wir soeben hervorgehoben — meistens keine Definition des Versuchs in den verschiedenen Gesetzen enthalten gewesen sei, daß im übrigen der schweizerische Entwurf sehr nahe an das Altgewohnte herankomme. Dies zugegeben, wird jedoch nicht bestritten werden können, daß der Entwurf noch mehr an Sicherheit zu wünschen übrig läßt als jene gewohnte Regelung. Daß die diesbezüglichen Ansichten geteilt sind, haben wir schon klargelegt, sollen wir jedoch unsere persönliche Meinung ausdrücken, so würden wir uns zu den Gegnern der Entwurfsfassung schlagen.

Es fällt uns allerdings bei weitem nicht ein, dem Redaktor wegen seines Schrittes einen Vorwurf machen zu wollen; von der Unzulänglichkeit der gebräuchlichen Formel („Anfang der Ausführung") sind wir ja selbst vollkommen überzeugt. Andrerseits stehen wir aber einem solchen Experiment, wie Stooß es vorgenommen, naturgemäß in einem berechtigten Skeptizismus gegenüber. Allerdings ist man ja von diesem Versuch der Nichtbestimmung, faßt man frühere Entwürfe ins Auge, schon halb zurückgetreten; die Tendenz, jegliche Definition oder nähere Erklärung zu unterdrücken, besteht aber immer noch[2]) und uns scheint es dem gegenüber besser zu sein, eine veraltete unzulängliche Schranke aufrecht zu erhalten, als durch Wegreißen dieser, den „Absturz" nur um so mehr zu beschleunigen.

---

[1]) Einverstanden sind mit Weglassung jeglicher Definition: Wach, v. Lilienthal, Zürcher, Gautier, Bärlocher, Cornaz, Gabuzzi, Groß, Lammasch, Luchini.

Näheres vgl. im I. Teil § 1 a, b, c, S. 9—16. Neuerdings gegen Aufnahme des Kriteriums des „Anfang der Ausführung": Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 463, doch nicht für Weglassung jeder näheren Bestimmung, vgl. auch S. 504, 505 (vgl. jedoch ebenda S. 465); analog v. Liszt ebenda S. 497 u. Schlußthese 2 M.J.K.V. X (1902) S. 508 (vgl. dazu These 1).

[2]) Vgl. vorige Anm.

Digitized by Google

Wir würden uns daher jenen Schriftstellern anschließen, welche im Versuche das Kriterium des Anfanges der Ausführung wieder aufgenommen wissen möchten.[1])

Eine richtige Kritik der Versuchsregelung ist jedoch unmöglich, beachtet man nicht die Stellung, welche die **Vorbereitungshandlung** im betreffenden Gesetze einnimmt, ob sie geregelt ist oder nicht, ob sie stets straflos bleiben soll oder ob sie in bestimmten Fällen als strafbar zu erachten ist usw.

Es ist aus dem geschichtlichen Teil unserer Arbeit bekannt, daß auch Stooß diese Frage in den verschiedenen Entwürfen verschieden beantwortet hat. Ohne jedoch auf jene Regelungen nochmals näher einzugehen, möchten wir an diesem Orte unsere Ansicht dahin aussprechen, daß es unseres Erachtens zum mindesten zweckmäßig, oft sogar notwendig ist, die Bestimmung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen im Gesetz ausdrücklich aufrecht zu erhalten. Der alte „lahme" Unterschied zwischen Ausführungs- und Vorbereitungshandlung wird allerdings dadurch neu sanktioniert, in einer solchen ausdrücklichen Normierung mag außerdem — will man den Versuch nicht definieren — eine gewisse Inkonsequenz liegen,[2]) in der Praxis jedoch wird man eine solche Feststellung nicht entbehren können und wollen.[3])

Stooß ist allerdings anderer Ansicht. Er würde selbst einer Streichung des Abs. 3 des Art. 17, § 1 im Hinblick auf den Abs. 1 des gleichen Artikels zustimmen. Wir hingegen können nur der Expertenkommission vollkommen recht geben, wenn sie ihrer entgegengesetzten Anschauung zum Siege verhalf; ja selbst bei einer Versuchsbestimmung im alten Sinne,

---

[1]) So Merkel, Gretener (?), Oetker; vgl. Teil I § 1 a, b, c, S. 9—16. Neuerdings sprach sich für Aufnahme des „Anfanges der Ausführung" in der Versuchsbestimmung aus: v. Bar, Reform S. 24.

[2]) So Lilienthal a. a. O. S. 190; Mercier a. a. O. S. 58.

[3]) Eine Bestimmung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen verlangen (resp. es sind mit einer solchen einverstanden): Bärlocher, Gretener, Gabuzzi, Cornaz, Oetker, David, Lucchini, Gautier; vgl. Teil I § 1 a, b, c, S. 9—16.

Digitized by Google

also mit dem Kriterium des „Anfanges der Ausführung", würden wir eine ausdrückliche Festsetzung der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen verlangen, ein Fall, der ja auch in mehreren unserer schweizerischen Kantonalstrafgesetzbücher in Wirklichkeit übertragen ist.[1])

Erst durch eine ausdrückliche Hervorhebung sowohl der Ausführungs- als der Vorbereitungshandlung tritt der Gegensatz zwischen diesen beiden im altgewohnten Sinn und Umfang ins Recht ein. Dies folgt klar und deutlich als argumentum a contrario aus den gegensätzlichen Fällen!

Wird in einem Gesetz weder eine nähere Bestimmung des Versuchs aufgestellt, noch der Stellung der Vorbereitungshandlungen Erwähnung getan, ein Fall, der in einem der schweizerischen Entwürfe gegeben war (E 94), so dürfte einleuchten, daß damit eine unbeschränkte Erweiterung des Versuchsgebietes gegeben ist. Allerdings würde der gewöhnliche Sprachgebrauch eine gewisse Grenze bilden, gerade dieser ist aber kein so sicherer, fester, einheitlicher, daß nicht ganz verschiedenartige Entscheidungen möglich werden könnten. Sollte aber das Versuchsgebiet in einem neuen Gesetz auch etwas weiter gefaßt werden als gewöhnlich, eine prinzipiell abzuweisende Konsequenz könnten wir in einem solchen Umstand nicht sehen. Jedenfalls muß dann aber das Maß der Erweiterung durch ein bestimmtes Kriterum auch im Gesetz fest bestimmt werden, — so dürfte z. B. durch Einführung des Postulats eines „objektivierten Willens" eine solche feste Grenze und Erweiterung gegeben sein —; nicht zustimmen könnten wir jedoch einer unbestimmten, daher zu Willkürlichkeiten führenden gesetzlichen Regelung.

Würde nun lediglich die Vorbereitungshandlung ausdrücklich als straflos erklärt, bezüglich des Versuchs jedoch weder eine Definition noch irgend welche nähere Erläuterung aufgestellt — E 95 —, so müßte man

[1]) So z. B. in Waadt: Art. 38; Wallis: Art. 60; Aargau: Art. 25; Luzern: Art. 28.

Vgl. Picot a. a. O. S. 114 und die übrigen in Anm. 1 S. 8 der einführenden Bemerkungen zitierten Autoren.

Digitized by Google

auch hier den gewöhnlichen Sprachgebrauch zu Hülfe nehmen. Die ausdrücklich geregelten Vorbereitungshandlungen könnten ja einen unmittelbaren Einfluß auf die Bestimmung des Versuchs nicht ausüben, ist doch ihre Feststellung nur in dem Sinne möglich: „Vorbereitungshandlungen sind jene Tätigkeitsakte, welche noch keinen Versuch darstellen". Sie sind daher nur imstande, einen mittelbaren Druck dahin auszuüben, daß das Versuchsgebiet etwas enger als im oben erörterten Fall gefaßt wird; weiter als bei der bisher gewohnten Regelung wird es ja ohne Zweifel immer noch sein.

Wird aber endlich eine Normierung gewählt, wie sie das Amendement zum Entwurf 1895 und der Entwurf 1896 aufweisen, wird der Versuch dann als gegeben erachtet, wenn man ein Verbrechen „auszuführen versucht", so ist es an und für sich im Grunde genommen vollkommen gleichgültig, ob die Vorbereitungshandlungen ausdrücklich als straflos bestimmt werden oder unerwähnt bleiben. Die alte Regelung, „den Anfang der Ausführung", hat man damit immer noch nicht aufgenommen, es ist also notwendig — dies geht schon aus der geschichtlichen Entwicklung der Bestimmung hervor —, sich auf den gewöhnlichen Sprachgebrauch zu stützen. Dieser jedoch ist weiter als der juristische und deshalb würde auch das Versuchsgebiet des Entwurfs 1896 ein weiteres sein als das gewöhnliche. Daß es hierbei auf die Vorbereitungshandlung nicht ankommen kann, geht ja daraus hervor, daß diese doch erst auf Grund der Versuchsregelung näher bestimmt werden kann. Wir stimmen aber trotz allem für eine ausdrückliche Hervorhebung der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung, weil hierin ein Druck liegt, weil daraus auf eine Tendenz geschlossen werden kann, den strafbaren Versuch doch enger zu fassen, als wenn besagte Handlungen vollkommen unerwähnt blieben.

Sollte es aber noch zweifelhaft sein, daß sprachgebräuchlich eine Vorbereitungshandlung im heutigen technischen Sinn oft als „Versuch, ein Verbrechen auszuführen", aufgefaßt werden müßte?

Kommt also eine Erweiterung des Versuchsgebietes in den

Digitized by Google

schweizerischen Entwürfen jedenfalls zustande,[1]) mag jegliche Versuchsbestimmung beiseite gelassen, dabei aber eine ausdrückliche Bestimmung der Vorbereitungshandlung gegeben sein (Entwürfe: 1893, August und 1895), oder auch letztere fehlen (E. 1894), mag die Versuchsregelung im Sinne des E.'s 1896 vorgenommen und dabei wiederum eine Hervorhebung der Vorbereitung beliebt sein (E. 1896) oder nicht, jedenfalls muß in der Streichung der Erklärung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen im E. 1894 ein grober Fehler gesehen werden, ein um so gröberer, als ja dort noch nicht die heutige Versuchsbestimmung gegeben ist. Demgegenüber ist es jedoch als ein Fortschritt zu betrachten, wenn besagte Norm in den folgenden Entwürfen wieder aufgenommen, im E. 1896 aber beibehalten wurde.[2])

Andrerseits ist die Rüge Ferris, daß eine allgemeine Straflosigkeit dieser Handlungen nicht gerechtfertigt sei, allerdings richtig und beachtenswert, ob jedoch bei der heutigen Entwicklung unserer Gesetzgebung auch legislativ davon Notiz zu nehmen ist, scheint uns sehr fraglich.[3])

Der in der Expertenkommission beantragte Zusatz zu der Bestimmung über Vorbereitungshandlungen, welcher dahin ging, daß die Straflosigkeit dort zessiere, wo die Vorbereitungshandlung an und für sich ein Delikt darstelle, ist, wie Stooß richtig replizierte, selbstverständlich und daher unnötig.[4])

Zustimmend können wir uns mit Bezug auf die allgemein ausgesprochene obligatorische **Strafmilderung** des Versuchs — nur für das délit manqué liegt der Fall anders — aussprechen. Daß der Versuch bei allen Delikten strafbar ist,[5]) kann als Fortschritt betrachtet werden, als ein Fortschritt, der wohl unter anderem in der Aufgabe der alten un-

[1]) Darauf macht auch v. Lilienthal a. a. O. S. 290 aufmerksam.

[2]) Streichung beantragten: Zürcher, Scherb, Perrier; vgl. Teil I § 1 S. 9.—16.

[3]) vgl. dazu Teil I § 1a S. 10.

[4]) Solche Zusätze wurden beantragt von Gretener, Gabuzzi und Cornaz.

[5]) Ausdrücklich hervorgehoben von Stoß in den Verhandlungen Bd. I S. 93.

Digitized by Google

zweckmäßigen Dreiteilung der strafbaren Handlungen seine Grundlage hat.[1])

Das Maß der Milderung für den gewöhnlichen Versuch ist in Art. 40, § 1 mit Fixierung der Minimalgrenze angegeben worden, und Stooß hat dabei durch den weiten Strafrahmen, der offen gelassen ist, für möglichste Individualisierung der Strafe Vorsorge getroffen. Näher auf die Verhandlungen über die Strafzumessung und das Strafmaß einzugehen, ist uns nicht möglich, weil wir den uns gestellten Rahmen der Arbeit überschreiten würden. Es mag aber auf die „Verhandlungen" verwiesen werden, wo alle die geäußerten Ansichten protokolliert sind.[2]) —

Rein persönlich wäre uns allerdings die Weglassung jeglicher Angabe eines bestimmten Strafrahmens lieber gewesen. Wir müssen aber in diesem speziellen Fall Stooß' Vorgehen gutheißen, wäre doch das Absehen von jedem Strafrahmen insofern unzweckmäßig, als dann eine gleichmäßige Praxis ein Ding der Unmöglichkeit geworden wäre und zudem eine gewisse Verschwommenheit zwischen der Strafe des gewöhnlichen und der des untauglichen Versuchs Platz gegriffen hätte. Diese Nachteile hat die heutige Bestimmung glücklich zu vermeiden gewußt. —

Die Straflosigkeit des Versuchs einer Übertretung (Art. 212) ist als kriminalpolitisch empfehlenswert zu approbieren.

Daß das **fehlgeschlagene Verbrechen**[3]) einer fakultativen Strafmilderung unterworfen wurde, ist nur zu loben,[4]) kann doch

---

[1]) Daß wir solcher Regelung beistimmen, geht auch aus den Ausführungen S. 241 hervor. v. Liliental fand diese Regelung „bedenklich". Neuerdings sprechen sich gegen solche Normierung aus: Berolzheimer S. 378; Köhler S. 51 (arg.); Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 466, These S. 480; Schlußthese 3 M.J.K.V. X (1902) S. 508; im Prinzip für die allgem. Strafbarkeit des Versuchs: Nabokow S. 8, 9, 15.

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 248—251; Bd. II S. 451—454.

[3]) Vgl. unsere Anm. 1 S. 17 im historischen Teil.

[4]) Fakultative Strafmilderung beim fehlgeschlagenen Verbrechen verlangen (resp. es sind damit einverstanden): v. Liszt, Zürcher, Gautier, Alimena, Ferri, Lammasch, Gretener, v. Lilienthal, Bezzola und neuerdings Mittermaier, S.Z.S.R. XIV S. 424; Derselbe, M.J.K.V. IX S. 400.

Digitized by Google

gerade hierin ein Fortschritt gegenüber früheren Entwürfen erblickt werden, welche zugleich mit der Nichterwähnung des fehlgeschlagenen Verbrechens dieses im deutschen Teile der Schweiz einer obligatorischen Strafmilderung unterwarfen, während es im französischen Teile jeder Regelung entbehrte.[1])

Allerdings wurde von verschiedenen Seiten der Einwand erhoben, es sei ein Fehler des Entwurfes, kein fest umgrenztes Strafmaß für diesen Versuchstypus besonders ausgesprochen zu haben,[2]) denn jetzt fallen sowohl das délit manqué als das délit tenté in Bezug auf Strafmilderung unter Art. 40, § 1. Es mag darin allerdings eine Gefahr für die Gleichmäßigkeit der Praxis liegen; wir können aber im Gegensatz zu denjenigen Schriftstellern, welche die obige Ansicht vertraten, in der vorgenommenen Regelung nicht einen direkten Nachteil des Gesetzes sehen. Unsrer schon weiter oben vertretenen Auffassung gemäß würde ein Gesetz auch ohne spezielle Berücksichtigung des fehlgeschlagenen Verbrechens akzeptabel sein; eine Fassung wie z. B.: „der Versuch kann milder bestraft werden, als das vollendete Verbrechen", könnte uns in jeglicher Hinsicht genügen.[3]) Unter besonderen Umständen sollte aber eine ausdrückliche Regelung und Erwähnung des délit manqué Platz greifen.[4]) Da diese Umstände für die Schweiz in der Verschiedenheit der Sprache und in der damit verbundenen verschiedenen Rechtsauffassung gegeben sind, so ist es auch ein kluger Schritt des Redaktors, diesen Anforderungen Rechnung getragen zu haben.

Trotz alledem sind jedoch der deutsche und der französische Text immer noch nicht vollkommen in Übereinstimmung und in dieser gegenseitigen Abweichung werden sie so lange

---

Obligatorische Milderung postulieren: Cornaz, Correvon und Goldschmidt a. a. O. S. 70. Näheres vgl. I. Teil § 2 a, b. c, S. 17—24.

[1]) So die Entwürfe 1893 und 1895.

[2]) So Oetker und Goldschmidt a. a. O. S. 70; vgl. dazu I. Teil § 2 c S. 23, 24 und § 2 b S. 22.

[3]) Mit einer solchen Regelung waren in den Verhandlungen einverstanden: Zürcher und Gautier. Näheres vgl. I. Teil § 2 a S. 19, 20.

[4]) Erwähnung des délit manqué im schweiz. Str.G.B. verlangten: v. Liszt, Cornaz, Gabuzzi, Zürcher, Gautier, Ferri und Alimena.

Digitized by Google

bleiben müssen, als man der bisherigen französischen Rechtsentwicklung Vorschub leistet, also so lange man nicht — wie es in Italien geschehen[1]) — mit dieser Entwicklung bricht.

Was nun den deutschen Text anbelangt, so wäre in der Regelung des fehlgeschlagenen Verbrechens im Entwurf 1896 eine wesentliche terminologische Verbesserung gegenüber dem Projekt von 1894 zu konstatieren. Der damalige gesetzliche Ausdruck: „führt der Täter das Verbrechen ohne Erfolg aus" war sehr anfechtbar, denn streng genommen sprach er von einer Ausführung, d. h. einer Vollendung des Verbrechens ohne Erfolg, was wohl ein Ding der Unmöglichkeit sein dürfte.[2]) Die jetzige Fassung: „wenn er den Versuch zu Ende führt, aber ohne Erfolg" hat diese contradictio zu vermeiden gewußt, an deren Stelle jedoch in den Worten: „aber ohne Erfolg" fast eine neue gesetzt; jedenfalls liegt in diesen Worten ein vollkommen überflüssiger Zusatz, denn einen Versuch mit Erfolg im gewöhnlichen Sinne kennen wir nicht.

Während aber demgemäß der Entwurf 1896, ja schon der Entwurf 1894 und das Amendement zum Projekt von 1895 im deutschen Text „die Stufe des Versuchs in ihre beiden in der Natur der Sache liegenden Stadien des unbeendigten und beendigten Versuchs" zerlegt haben,[3]) muß der französische Text der französischen Doktrin folgend dahin interpretiert werden, daß er nur den unbeendigten Versuch und das fehlgeschlagene Verbrechen (im eigentlichen Sinn) regele[4]) und zwar ist diese Regelung 1894 und 1896 eine genau gleich mittelmäßige.[5])

---

[1]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 20.

[2]) Vgl. auch Goldschmidt a. a. O. S. 65.

[3]) Wörtlich aus Goldschmidt a. a. O. S. 68. Wir weichen hier von der gewöhnlichen von uns gebrauchten Ausdrucksweise kurze Zeit ab. Vgl Anm. 1 S. 17.

[4]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 19, 20 u. Anm. 28; Mercier a. a. O. S. 51.

[5]) Sie lautete: 1894: Art. 14: „La peine sera attenuée en cas de tentative. Elle pourra l'être lorsque l'auteur aura commis le délit sans produire de résultat".

1896: Art. 17 § 1 Abs. 1: „La peine sera attenuée à l'égard de celui qui aura tenté de commettre un délit; elle pourra l'être à l'égard de celui qui aura commis un délit sans produire de résultat".

Vgl. Mercier a. a. O. S. 51 Anm. 1, S. 58 Anm. 1.

Digitized by Google

In dieser Beziehung stehen wir also noch auf dem Standpunkte, den Berner ganz richtig dahin charakterisiert hat: „Danach wird nun ein Versuch, bei dem der beendigende Konsummationsakt stattgefunden hat, im Falle der eigenen Verhinderung des Erfolges zu einem unbeendigten Versuch, im Falle des Fehlschlagens zu einem beendigten Versuch".[1])

II. Einem zweckgemäßen Gedanken gab Gretener Ausdruck, als er 1893 in den Verhandlungen über den Irrtumsartikel (14) darauf aufmerksam machte, daß doch vor anderweitiger Beratung zu der bestrittenen Frage Stellung genommen werden sollte, nämlich ob in der Versuchslehre der objektive oder der subjektive Standpunkt zu billigen seien.[2]) Leider hat eine derartige prinzipielle Erörterung nicht stattgefunden; jedenfalls wäre sie, rein theoretisch betrachtet, zu begrüßen gewesen und hätte in manchen Punkten klärend gewirkt. Für die Praxis natürlich wäre sie unmittelbar nicht in Betracht gekommen; denn — wir stimmen hier wohl mit der allgemeinen Ansicht überein — ein Gesetz ist nur aus sich selbst auszulegen, Motive und Äußerungen des Redaktors in den Verhandlungen sind nicht als Quellen des geltenden Rechts zu betrachten.

Ist aber in den Verhandlungen keine Entscheidung über den Gretnerschen Antrag gefallen, so erscheint uns als nächste Aufgabe unserer Darlegungen die Hervorhebung jener Momente, welche eine solche Entscheidung ermöglichen, welche uns in den Stand setzen, dem oben angeführten Antrag eine Antwort — nunmehr allerdings de lege lata — zu erteilen. —

Mit anderen Worten: **„Welchen Standpunkt hat der Entwurf zu einem schweizerischen St.G.B. gebilligt?"**

Mangels anderer Anhaltspunkte werden wir uns bei dieser Betrachtung auf die einzelnen Bestimmungen der Versuchslehre stützen, werden wir deren Regelung im Entwurf näher ins Auge fassen müssen; soll jedoch gleich hier schon unserer Erörterung vorgegriffen werden, soll das Resultat dieser vorweggenommen

---

[1]) Vgl. Berner, G.S. XVII S. 107. Er meint hier: beendigter Versuch = fehlgeschlagenes Verbrechen. Vgl. unsere Anm. 1 oben S. 237.

[2]) Vgl. Gretener in Verhandlungen Bd. I S. 83.

Digitized by Google

werden, so möchten wir uns dafür aussprechen, daß der Entwurf den subjektiven Standpunkt vertreten wollte und tatsächlich auch vertritt.

Es ist ja klar, daß der objektive Tatbestand bei Ausmessung der Strafen von selbst und in der Praxis bis jetzt wohl in erster Linie berücksichtigt wird;[1]) es ist unbestreitbar, daß bei Wertung der Tat jeder Richter ohne weiteres auf den Schaden, auf die Größe der Verletzung sein Augenmerk richten wird; auch hebt es ja Stooß selbst in den Verhandlungen ausdrücklich hervor, daß der subjektive sowohl als auch der objektive Gesichtspunkt im Entwurf maßgebend sein sollen,[2]) und er findet diesbezüglich bei Merkel kräftige Unterstützung;[3]) immerhin kann aber in der Versuchslehre der eine oder der andere Standpunkt der vorherrschende sein. Welches ist also das Kriterium, das primär in Betracht kommen, das in erster Linie den Versuch und dessen Strafbarkeit bestimmen soll? — der Wille!

Daß Stooß bezüglich der Versuchsstrafbarkeit keinen Unterschied einführt, daß er allgemein jeden Versuch als strafbar erachtet, daß der Redaktor für das fehlgeschlagene Verbrechen dem Richter die Möglichkeit lassen will, bis zur Strafe der Vollendung hinaufzusteigen, sind dies nicht Momente, welche darauf hinweisen, daß der böse Wille bestraft werden soll?[4]) Streng durchgeführt müßte ja das Prinzip allerdings — wie schon hervorgehoben — zu gleicher Bestrafung von Versuch und Vollendung führen, es liegt demgemäß in der Entwurfsfassung, welche ja diese Konsequenz nicht zieht, ein Fallenlassen des Prinzips; aber gerade in dieser Abweichung vom Grundsatz zeigt sich Verständnis für die Anforderungen des täglichen Lebens. Daß aber unsere Ansicht, der Entwurf gehe subjektiv vor, eine richtige ist, geht dies

---

[1]) Vgl. z. B. v. Lilienthal a. a. O. S. 148; arg. Mittermaier, M.J.K.V. Bd. IX S. 400.

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. II S. 447, 448. Dazu auch Mittermaier, M.J.K.V. S. 400.

[3]) Vgl. Merkel, Z.S.S.R. Bd. VII S. 6, 7.

[4]) So auch v. Lilienthal a. a. O. S. 290 bezüglich des ersten Punktes.

Digitized by Google

nicht auch noch aus dem Umstand hervor, daß bei Anwendung der jetzigen Versuchsbestimmung auch Handlungen, die nach bisherigem Vorgehen zur straflosen Vorbereitung gehörten, nunmehr zum strafbaren Versuch gezählt werden müssen?

Spricht aber die Wendung „auszuführen versuchen" nicht gegen eine solche subjektive Auslegung?

Es ist von uns über diesen Punkt schon so viel im II. Teil gesagt worden, daß weitere Worte zu verlieren kaum nötig sein wird. Eine rein objektive Theorie könnte sich aller Wahrscheinlichkeit nach an Hand der hervorgehobenen Terminologie nicht entwickeln, sollte sich jedoch auf Grund dieser eine subjektiv-objektive Lehre ausbreiten, so wäre die unseres Erachtens allein mögliche und annehmbare Lösung herbeigeführt. Auf einen schon früher betonten Punkt unserer Ausführungen könnte aber an diesem Orte noch besonders verwiesen werden, auf die oben von uns geäußerte Ansicht, daß sogar in einer subjektiven Theorie der Ausdruck „Anfang der Ausführung" brauchbar sei, will man nicht einen Sinn in ihn legen, den er nicht hat.[1]) Mag man in der Wendung „auszuführen versuchen" das Postulat einer Objektivierung des Willens, mag man darin die Begründung irgend eines andern Kriteriums sehen, allzu großes Gewicht auf diesen Punkt zu legen, würden wir für verfehlt halten; zweifellos ist aber dieser Ausdruck nicht imstande, unsere Annahme, der Entwurf berücksichtige in erster Linie den bösen Willen, zu erschüttern.

Soviel könnte also aus dem Entwurf an und für sich entnommen werden. In den Motiven, in Aussprüchen des Redaktors und der Kommissionsmitglieder zeigen sich aber noch weitere Argumente, welche, wenn auch — wie schon dargelegt — nicht als Quelle einer etwaigen Interpretation, so doch zur Unterstützung der oben dargelegten Ansicht von Bedeutung sind. Diese Momente jedoch bestehen hauptsächlich in Hinweisen der Motive und der oben genannten Personen auf Schuld und Willen.

Als ein sehr willkürliches Vorgehen würde es uns er-

---

[1]) Vgl. unsere Ausführungen oben II. Teil § 10 S. 210, 211.

Digitized by Google

scheinen, sollte die Schuld eines Verbrechers nach seiner Handlung abgemessen werden,[1]) liegen doch die Folgen einer deliktuosen Tätigkeit nur bis zu einem gewissen Grade in der Hand des Täters. Es ist vielmehr unseres Erachtens allein möglich und gerechtfertigt, die Schuld des Delinquenten nach dessen Willen abzuschätzen; und gerade in dieser Hinsicht unterstützt der Entwurf die richtige Strafausmessung ganz wesentlich durch Hervorhebung und Klassifizierung der Motive, welche den Täter geleitet haben.[2])

Es ist nun allerdings nicht unsere Aufgabe, diesen Punkten weiter nachzuspüren; ohne Frage liegt aber darin die Vertretung eines ganz richtigen Gesichtspunktes, die Bekundung eines äußerst gesunden gesetzgeberischen Sinnes. Sollte aber daran gezweifelt werden, daß diese verschiedenen Hinweise auf Willen und Schuld als Ausmessungsgründen der Strafe gerade der subjektiven Seite besonderen Nachdruck verleihen?[3]) Daß diese Schuld nebenbei auch die objektive Seite umfaßt oder umfassen kann,[4]) dieses Moment haben wir schon hervorgehoben,

---

[1]) Vgl. Stooß, Bericht, in welchem der Redaktor auf S. 39 den oben zurückgewiesenen Weg zu gehen scheint, wenn er sagt: „Wenn dagegen der Täter die verbrecherische Tätigkeit nicht zu Ende führte, so ist die Handlung des Täters unvollständig und deshalb ist seine Schuld geringer".

Es muß allerdings betont werden, daß der „Bericht" im Grunde genommen nicht zur Grundlage einer Kritik gemacht werden darf, ist doch dessen Zweck offenbar nur der, eine übersichtliche, allgemeinverständliche Zusammenstellung und Erörterung des Stoffes zu geben.

[2]) Vgl. Entwurf 1896 Art. 38, 39; auch Verhandlungen Bd. II S. 447 ff., Bd. I S. 243 ff.

[3]) Solche Hinweise finden sich:

in: Verhandlungen Bd. I S. 91, wo Cornaz auf die „culpabilité de l'agent" hinweist,

in: Verhandlungen Bd. I S. 97, wo Gautier von der „volonté du coupable" als maßgebenden Moments spricht,

in: Verhandlungen Bd. II S. 447, 448, wo Stooß bemerkt, daß der Richter die Strafe nach der Schuld zu bemessen habe,

in: Motive 1894 S. 131, wo Stooß den Willen besonders hervorhebt.

[4]) Vgl. Stooß in Verhandlungen Bd. II S. 447, 448: „Nach dem Entwurf bemißt der Richter die Strafe nach der Schuld, welcher Begriff sowohl die objektive als die subjektive Seite des Verbrechens umfaßt."

Digitized by Google

auch ist es so selbstverständlich, daß es mit Fug und Recht in den Hintergrund gestellt werden kann.

Nach diesen Ausführungen aber dürfte nun wohl die Behauptung als bewiesen gelten, daß der Entwurf in der Versuchs- und allgemein in der Imputationslehre in erster Linie den subjektiven Gesichtspunkt hervorhebe![1])

Der Ausspruch Cornaz': „M. le Rédacteur a déclaré qu'il avait fait abstraction des codes pénaux suisses, bien qu'ils nous donnent la moyenne des progrès que notre peuple a réalisés dans ce domaine," dieser Ausspruch scheint uns gegenüber Stooß einen Vorwurf enthalten zu sollen, der noch gesteigert wird durch die Worte: „tenons au moins compte de l'état général des civilisations et des législations des grands pays, de quelques-uns d'entre eux tout au moins".[2])

Ist es nun auch möglich, daß dieser Einwand sich lediglich auf die engere Versuchsbestimmung als solche bezieht, ist er andererseits gegenüber jenem Entwurfe geäußert worden, welcher der ersten Beratung der Expertenkommission zugrunde gelegen hat, so gibt er uns doch den Anstoß, gibt uns weiter das Recht zu einer Betrachtung nicht so sehr seiner Richtigkeit — da wir uns im wesentlichen auf die Erörterung des Entwurfs 1896 beschränken werden — als vielmehr jenes Umstandes, **ob bei der jetzigen Regelung des schweizerischen St.G.-Entwurfes von der geschichtlichen Entwicklung der betreffenden**

---

[1]) Es könnte der Vollständigkeit halber im Anschluß an die vorige Anm. noch verwiesen werden auf: Stooß, Bericht S. 14 Abs. 3, S. 39 Abs. 3 a. E. Außerdem stimmt mit unserer Auslegung des Entwurfes überein Goldschmidt a. a. O. S. 62, dazu Anm. 30 und S. 70 Abs. 2. Allerdings bezieht sich die Betrachtung Goldschmidts auf den Entwurf 1894, würde aber ebensogut auch für den Entwurf 1896 Geltung haben können. Die Begründung seiner Ansicht kann Goldschmidt nur in der Regelung des untauglichen Versuchs sehen (S. 62 Anm. 30), lobt er doch selbst die reservierte, farblose Stellung des Entwurfes bezüglich des délit manqué. Die Versuchsbestimmung im engern Sinn kann aber auch nicht einer bestimmten Theorie subsummiert werden. Weiter wäre anzuführen Mittermaier, S.Z.S.R. XIV S. 424, der den Entwurf ebenfalls subjektiv aufzufassen scheint, wie dies aus seinem Vortrag hervorgeht.

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 90.

Digitized by Google

Betimmungen in der Eidgenossenschaft unvermittelt abgewichen worden ist. Unsere entgegengesetzte Ansicht glauben wir denn auch, besonders für den Entwurf 1896, unter allen Umständen aufrecht erhalten zu können. Ein Unterschied zwischen den schweizerischen Kantonalgesetzgebungen und den Rechten der großen europäischen Staaten, auf welche Cornaz besonders verweist, braucht aber bei der folgenden Betrachtung schon deshalb nicht gemacht zu werden, weil die meisten der Kontonalgesetze ein solches großstaatliches Recht — sei es nun das deutsche, sei es das französische — zur Grundlage genommen haben. —

Mit der vollständigen Weglassung einer Versuchs- „Definition" hätte Stooß allerdings diejenige Basis verlassen, auf welcher sozusagen alle unsere schweizerischen Kantonalstrafgesetzbücher stehen.[1]) Ob dies ein Vorteil, ob es ein Nachteil gewesen wäre, wer will dies entscheiden, ist doch ein Urteil hierüber in erster Linie von den Folgen abhängig, welche eine solche Neuerung nach sich ziehen würde. Jedenfalls ist es aber zu begrüßen, daß Stooß mit Einführung des Ausdruckes „auszuführen versuchen" einen Schritt rückwärts gemacht hat, würde auch andererseits eine Wiederaufnahme des altgewohnten „Anfang der Ausführung" noch mehr Sicherheit geboten haben.[2])

Ist also schon durch das Festhalten unserer schweizerischen Kantonalstrafgesetze am „Anfang der Ausführung" die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen ohne weiteres feststellbar, so haben doch einige dieser Gesetze diese Straflosigkeit noch ausdrücklich hervorgehoben, ein Umstand, der als besondere Verdeutlichung einem Strafgesetz nicht von Nachteil sein kann.[3]) Auch die neueste Entwurfsfassung hat denn

[1]) Vgl. Picot a. a. O. S. 113: „Quoi qu'il en soit de ces distinctions, nous pouvons dès maintenant constater qu'il n'existe aucun désaccord essentiel entre nos différentes législations sur la nature même de la tentative, toutes sont d'accord pour exiger la réunion d'une intention coupable et d'actes constituant un commencement d'execution."

[2]) Vgl. oben III. Teil § 1 S. 293, 294 und die einschlägigen Anmerkungen, II. Teil § 10 S. 208 ff.

[3]) Vgl. Picot a. a. O. S. 114 a. A.

Digitized by Google

diesen Weg eingeschlagen und damit unserem Schweizerrecht keine Neuerung eingefügt, wohl hätten aber jene Entwürfe eine solche enthalten, welche, von jeglicher Versuchserläuterung absehend, auch der Stellung der Vorbereitungshandlungen keine Erwähnung taten.

Aber auch jener Zusatz, den verschiedene Mitglieder der Kommission mit Bezug auf die Vorbereitungshandlungen wünschten und zwar in dem Sinne, daß diese Handlungen dann nicht straflos seien, wenn sie an und für sich ein Verbrechen darstellten, auch dieser Zusatz ist in verschiedenen Kantonalgesetzen ausdrücklich enthalten.[1]) Seine Weglassung verstößt jedoch weder materiell noch formell gegen Grundsätze des bisherigen schweizerischen Rechtes.

Das délit manqué wird in den meisten schweizerischen Kantonalstrafgesetzbüchern nicht ausdrücklich erwähnt. Daß aber bei der Strafzumessung der Unterschied gegenüber dem gewöhnlichen Versuch gewahrt werde, dafür sorgt schon die sehr häufig vorkommende Bestimmung, daß die Strafe nach der Nähe des einzelnen Versuchsstadiums zur Vollendung zu bemessen sei.[2]) Ist auch unseres Erachtens die Regelung des délit manqué nicht als absolut notwendig anzusehen, so kann sie allerdings unter Umständen von Vorteil sein,[3]) jedenfalls wird aber ein Gesetzbuch in solchen Fällen durch eine ausdrückliche Regelung wesentlich an Klarheit gewinnen. Mit den bisher maßgebenden Grundsätzen des schweizerischen Rechtes steht aber auch eine solche ausdrückliche Hervorhebung des délit manqué nicht in Widerspruch, haben doch schon manche Kantonalgesetze eine solche Maßnahme Platz greifen lassen.

Was nun die Strafe anbelangt, so ist in allen schweizerischen Strafgesetzbüchern der Versuch milder zu bestrafen als die Vollendung; und zwar behandeln die meisten dieser Gesetzbücher den Versuch als allgemeinen Strafmilderungs-

---

[1]) Vgl. Picot a. a. O. S. 114 Abs. 3.

[2]) Vgl. Picot a. a. O. S. 118 und besonders S. 119; vgl. Mercier a. a. O. S. 50 c.

[3]) Vgl. unsere Ausführungen oben II. Teil § 10 S. 234, III. Teil § 1 S. 299.

Digitized by Google

grund.[1]) Demgemäß befindet sich Stooß auch in diesem Punkte mit seiner Regelung auf dem Boden schon geltenden Rechtes.

Die Festsetzungen der schweizerischen Gesetze sind allerdings wesentlich verschiedene. Bestimmt nämlich ein Teil der Gesetzbücher die Milderung der Strafe nach dem Maximum, so setzt ein anderer Teil das Minimum der Milderung fest, ein dritter sogar Maximum und Minimum. Auch ist manchmal das Strafmaß des délit manqué im Gesetz noch besonders näher festgestellt. Meistens ist aber die Herabsetzung der Strafe dem Ermessen des Richters anheimgegeben. Von dieser letzteren Regelung weicht nun der Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch der Regel nach ab, setzt er doch das Maß der Milderung seinem Minimum nach stets fest;[2]) trotzdem hat aber Stooß auch in diesen Punkten die bisherige Entwicklung nicht außer Acht gelassen, ist diese doch insofern berücksichtigt, als die neuen Bestimmungen, stimmen sie auch nicht mit den bisher von der Majorität approbierten überein, doch nichts Ungewohntes, Neues einführen.

Somit dürfte aber festgestellt sein, daß der Redactor, soweit wir dies bis jetzt ersehen konnten, der Regel nach auf dem Boden der heutigen Rechtsentwicklung der Schweiz steht.

III. **Der Rücktritt vom Versuch** ist schon vom ersten Entwurf an geregelt gewesen und zwar in einer Weise, daß sich an der Festsetzung eigentlich nicht viel bemängeln ließ. Ursprünglich als Strafausschließungsgrund aufgefaßt (Juni-Entwurf 1893), ist er in allen späteren Entwürfen als Strafaufhebungsgrund normiert. Dies spielt bei der Anstiftung, Beihülfe u.s.w. eine gewisse Rolle, da der Rücktritt nur für den Zurücktretenden rein persönlich in Betracht kommt, von hervorragender Bedeutung ist dieser Punkt jedoch nicht. Viel wichtiger dagegen sind die im folgenden zu betrachtenden Momente, jene Momente, welche wir zusammenfassen könnten in die Frage:

---

[1]) Vgl. Picot a. a. O. S. 122, 123.

[2]) Eine Ausnahme ergibt sich bei Milderung „nach freiem Ermessen“ (bei unbeschränkter Milderung).

Digitized by Google

„Soll im Art. 17, § 2 auch die tätige Reue oder soll nur der Rücktritt im engern Sinn geregelt werden?“ —

Will Stooß im Rücktrittsartikel auch eine Erklärung über die Wirkung der tätigen Reue geben — und daß er dies will, hat er ja ausdrücklich gesagt[1]) —, so finden wir die Fassung der betreffenden Bestimmungen in allen Entwürfen nicht genügend klar;[2]) es würde sich vielmehr unter solchen Umständen eine Änderung im Sinne Merkels empfehlen.[3]) Unsere ganze Arbeit dürfte ja gezeigt haben, daß wir auf doktrinelle Unterscheidungen nicht übermäßiges Gewicht zu legen gewillt sind; doch ist die Differenzierung zwischen tätiger Reue und Rücktritt im engeren Sinne eine so gebräuchliche, daß darauf wohl Rücksicht genommen werden müßte. In der jetzigen Fassung ist dies jedoch nicht geschehen, unter den Ausdruck „vom Verbrechen abstehen“ wird man wohl den Rücktritt (i. e. S.) allein subsumieren; auch müßte in solchem Fall die tätige Reue vollkommen außer acht gelassen werden. Diese Folgerungen erscheinen uns kaum zweifelhaft.[4])

---

[1]) Stooß, Verhandlungen Bd. I S. 97.

[2]) Diese Ansicht scheint Berolzheimer S. 389 zu unterstützen. Allerdings lobt er den Art. 14, Abs. 3 (des Entwurfes 1894 offenbar) aus einem speziellen Gesichtspunkt, doch scheint er ihn nur auf den Rücktritt i. e. S. zu beziehen.

[3]) Vgl. darüber Teil I § 3 a S. 24, 25.

[4]) Der französische Text weicht wesentlich vom deutschen ab; der erstere lautet: „L'auteur qui, de son propre mouvement, se sera désisté de la tentative d'un délit n'encourra pas la peine prévue par la loi pour ce délit“. Auch hier tauchen die Bedenken bezüglich der Regelung der tätigen Reue auf und zwar mit noch größerer Berechtigung, mit doppelter Wucht infolge der Ausdrücke „désisté“ und „tentative“. Daß aber außerdem noch der Text im letzten Teil ein vollkommen unzulänglicher ist, dies wurde von Mercier schon hervorgehoben. Da wir dessen Ansicht schon im historischen Teil näher präzisiert haben, so begnügen wir uns hier mit einem Hinweis auf jene Stelle. Vgl. oben Teil I § 3 c S. 27, 28.

Was Mercier bezüglich des eventuellen Wegfalls einer Bestimmung über die tätige Reue sagt (vgl. unsere Arbeit oben S. 28), ist ganz richtig; trotzdem würden wir aber einer Gesetzgebung, welche die Stellung der tätigen Reue nicht als Strafaufhebungsgrund regelt, nicht zustimmen. Die Verschiedenheiten, die sich für gewöhnlichen Versuch einerseits, fehlgeschlagenes Verbrechen und untauglichen Versuch andrerseits ergeben, müssen eben mit in den Kauf genommen werden. Vgl. auch oben II. Teil § 10 S. 237 a. E. ff. (über Rücktritt im allg.).

Digitized by Google

Außerdem hätten wir es als deutlicher und klarer begrüßt, wenn statt des Ausdrucks „aus eigenem Antrieb", „freiwillig" eingesetzt worden wäre.[1]) Mancher Fall, der dem Allgemeinempfinden nach straflos zu bleiben hätte, wäre diesbezüglich beträchtlichen Zweifeln unterworfen, sollte „aus eigenem Antrieb" im Entwurfe stehen bleiben. Z. B.: A. bittet seinen Freund B., von einem Verbrechen, welches letzterer schon auszuführen begonnen, abzustehen. B. ist jedoch sicher, daß A. auch dann, wenn das Verbrechen ausgeführt wird, keine Anzeige erstattet. Es besteht für B. daher weder ein moralischer, noch ein physischer Zwang, die Ausführung aufzugeben. Nach einigem Nachdenken entschließt sich aber B., doch von der Fortführung des Verbrechens abzustehen. Ist er hier „aus eigenem Antrieb" abgestanden? Die verneinende Antwort wäre unserer Erachtens ebenso richtig wie die bejahende, ist doch

---

Wenn Mittermaier auf die Frage Merciers, ob denn die tätige Reue (also beim beendigten Versuch) nicht geregelt sei (Mercier a. a. O. S. 59) antwortet, dies sei im Art. 39 geschehen (Mittermaier, S.Z.S.R. XIV S. 476, 477), so scheint uns die Richtigkeit dieser Ansicht bei der Stellung, die Stooß in den Verhandlungen (vgl. Verhandlungen Bd. I S. 97) eingenommen, sehr zweifelhaft (vgl. auch Mittermaier, M.J.K.V. Bd. IX S. 400).

Wir nehmen, auf dem deutschen Texte fußend und gerade besagte Äußerung Stooß' in den Verhandlungen berücksichtigend, an, daß die „tätige Reue" in Art. 17, § 2 mit geregelt werden sollte, daß aber Art. 39 die „tätige Reue" **bei vollendetem Verbrechen** normieren will. In dieser Auslegung unterstützt uns auch noch das Attribut „aufrichtig" in Art. 39, kommt es doch bei tätiger Reue im gewöhnlichen Sinn auf das Motiv, die Gesinnung gar nicht an.

Ist diese Interpretation richtig — daß mancher Zweifel übrig bleibt, soll nicht verschwiegen werden —, so hat Stooß mit vollem Recht ein Problem gesetzgeberisch gelöst, dessen Lösung Berner schon in G.S. 1865 XVII S. 112 ins Auge gefaßt hatte (darüber auch Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 478).

Zuzugeben ist, daß der französische Text sehr stark zu Mittermaiers Ansicht hinneigt; es kann aber doch unmöglich der deutsche Wortlaut in diesem, der französische in anderem Sinne auszulegen sein? Es kann doch nicht die „tätige Reue" im Art. 17, § 2, das „repentir actif" im Art. 39 geregelt worden sein? Neuerdings wird der dem Art. 39 entsprechende Art. 37 des Entwurfs 1893 (August) oder 1895 von Berolzheimer S. 396 in seiner generellen Berücksichtigung der tätigen Reue als Strafmilderungsgrund „nicht ungerechtfertigt" befunden.

[1]) So neuerdings vorgeschlagen von Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 481 § 4.

Digitized by Google

der Antrieb von A. ausgegangen. Zweifellos ist es aber, daß B.'s Rücktritt ein freiwilliger war.

Einen Fortschritt gegenüber früheren Entwürfen bedeutet nun die Regelung des qualifizierten Versuchs im Entwurf 1896,[1]) eine Regelung, welche speziell der Anregung v. Lilienthals und Scherbs zu verdanken ist.[2]) Schon vor diesen beiden hatte allerdings Gabuzzi im Verlaufe der Verhandlungen bei Besprechung der Stellung der Vorbereitungshandlungen eine Fassung vorgeschlagen, in welcher neben diesen Tätigkeitsakten auch der Rücktritt und zwar so geregelt war, daß der qualifizierte Versuch eine feste Normierung erlangte. Dem für die Vorbereitungshandlung geltenden Satz: „les actes prèparatoires . . . . . ne sent punissables que s'ils constituent par eux-mêmes un délit" waren mit Bezug auf den Rücktritt die Worte eingefügt: „. . . . et en cas de désistement volontaire les actes d'exécution . . . . .".[3])

Die nunmehr für diesen Fall von Stooß getroffene Regelung kann aber, da der Zusatz beim ersten Moment in richtiger Erwägung als überflüssig abgewiesen wurde, als einwandfrei akzeptiert werden.

Auch hierbei befindet sich nun Stooß in voller Übereinstimmung mit der **Rechtsentwicklung in der Schweiz.**

Auf den Punkt, ob die schweizerischen Kantonalstrafgesetzbücher den Rücktritt als Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund auffassen, kann wegen der häufigen Ungenauigkeit des Gesetzesausdrucks und der damit verbundenen Schwierigkeit, die Entscheidung auch ohne tieferes Eindringen in den Charakter der Einzelgesetze zu treffen, nicht eingegangen werden.

Es genüge die Feststellung der Tatsache, daß die meisten Kantone bei Vorliegen des Rücktritts Straffreiheit aussprechen.[4])

Was nun die „tätige Reue" anbelangt, von der wir nicht mit Sicherheit feststellen konnten, ob sie im Entwurf geregelt

---

[1]) Vgl. Art. 17, § 2 „. . . . so wird er von der Strafe, die auf dieses Verbrechen angedroht ist, befreit".

[2]) Vgl. Teil I § 3 b S. 27 und die dazu gehörigen Anm.

[3]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 93; unsere Ausführungen Teil I § 1 a S. 11.

[4]) Vgl. Picot a. a. O. S. 115.

Digitized by Google

sei oder nicht, so ist diese allerdings nur in ganz wenigen schweizerischen Kantonalgesetzen erwähnt.[1]) Es könnte daher unsrer früher geäußerten Ansicht, daß auch eine ausdrückliche Erwähnung der tätigen Reue notwendig sei, möglicherweise entgegengehalten werden, daß dies deshalb unnötig wäre, weil der Unterschied zwischen tätiger Reue und Rücktritt im engeren Sinne in der Schweiz wahrscheinlich — die Nichtregelung der tätigen Reue weist ja darauf hin — noch nicht in dem Maße dem Juristen in Fleisch und Blut übergegangen sei, daß er ihn auch ohne besondere gesetzliche Erwähnung zu machen versuchte, mit anderen Worten, daß die Gefahr bestände, daß etwas ins Gesetz interpretiert werde, was nicht darin liegt und man dadurch zu falschen Konsequenzen käme. Auch möchte ja Stooß wiederum mit Rücksicht auf unsere Volksrichter manche sonst gemachte Unterscheidung zu vermeiden gesucht haben; immerhin bliebe aber die Stellung der tätigen Reue bei deren stillschweigenden Übergehung eine gar zu rätselhafte.

Würden wir es daher als einen Fortschritt des Entwurfes betrachten, wenn er die „tätige Reue“ und ihre Wirkung im Gesetz ausdrücklich berührte, so machen wir nicht den Anspruch absoluter Zweckmäßigkeit unsrer Ansicht bei deren Anwendung auf schweizer Verhältnisse, wie es denn ganz allgemein beachtet werden müßte, daß jede Kritik des Entwurfes, welche nicht auf genauer Kenntnis nicht nur des schweizerischen Rechts, sondern auch der schweizerischen Volksanschauungen und der „schweizerischen Eigentümlichkeiten“ beruht, in vielen Punkten von vornherein die Präsumtion der Unzweckmäßigkeit gegen sich gelten lassen muß.

IV. **Der untaugliche Versuch** war in den Entwürfen des Jahres 1893 nicht ausdrücklich geregelt worden; der Redaktor hatte den damaligen Irrtumsartikel auch in ersterer Beziehung für ausreichend erachtet.[2]) Daß darin eine zu optimistische

[1]) Vgl. Picot a. a. O. S. 116, 117.

[2]) Vgl. Teil I § 4 a S. 28ff. und Anmerkungen; Verhandlungen Bd. I S. 81—83, 67 a. E. bis 99. — Dies übersieht Saleilles, wenn er S. 72 Anm. 3 sagt: „C'est ainsi par exemple que, dans la première rédaction de l'avant-projet

Digitized by Google

Anschauung lag, hat Stooß selbst durch die nachträgliche Einfügung einer Spezialbestimmung über untauglichen Versuch bewiesen und zugegeben.

Über den Irrtumsartikel als solchen sind von den im historischen Teil angeführten Kritikern eine Menge richtiger Ansichten geäußert worden;[1]) hauptsächlich auf die v. Lisztzche Kritik zu verweisen, waren wir ja schon in der Lage.[2]) Hier seien nur einzelne wenige Punkte hervorgehoben.

Der Juni-Entwurf des Jahres 1893 hätte unzweifelhaft zur Bestrafung des Putativdeliktes führen müssen; es ist deshalb ein Fortschritt des August-Entwurfes, eine solche Konsequenz durch Einfügung des Wortes „widerrechtliches" verhindert zu haben. Immer noch bleibt aber nach diesem letzten Projekt jeder untaugliche Versuch und zwar auf Grund einer ausdrücklichen Vorschrift strafbar. In diesem Punkte stehen wir nämlich in striktem Gegensatz zu v. Lilienthal und Mercier, deren Ansicht in Übereinstimmung mit derjenigen von Stooß dahin ging, daß der Irrtumsartikel nur zugunsten des Täters auslegbar sei. Unseres Erachtens wäre vielmehr der Richter gezwungen gewesen, den Artikel auch zuungunsten des Angeklagten auszulegen. Ebenso irrig ist aber auch Lilienthals Meinung, daß zur Strafbarkeit jedes untauglichen Versuchs — dies stimmt

---

du Code pénal suisse, la tentative impossible avait été volontairement passée sous silence; et nous savons, par les motifs, qu'on avait ainsi entendu l'exclure".

Insoweit das „passer sous silence" sich auf das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung bezieht, ist es richtig. Nicht richtig ist aber die Bemerkung „qu'on avait ainsi entendu l'exclure" (sc. la tentative impossible), da dabei das Wort „ausdrücklich" in den Motiven nicht genügende Beachtung gefunden hat. Stooß sagte vielmehr: „der Entwurf hat davon abgesehen, den Versuch mit untauglichem Mittel und am untauglichen Objekt ausdrücklich unter Strafe zu stellen" und weiter unten sogar: „die schwersten Fälle werden aber auf Grund des Art. 14 strafbar sein" (vgl. Motive 1893 S. 29). Ähnlich Gallet a. a. O. S. 279 Anm. 38: „La première rédaction excluait au contraire la répression de toute tentative irréalisable".

[1]) Vgl. Teil I § 4 a S. 30 a. E. ff.

[2]) Vgl. v. Liszt im Archiv S. 408 ff. Entgegengesetzer Ansicht ist Gallet, der dem ursprünglichen Irrtumsartikel (wohl dem Art. 14 vom August 1893?) das Lob spricht.

Digitized by Google

ja mit der Auslegung zugunsten des Täters überein — noch eine ausdrückliche Vorschrift notwendig sei.[1])

Diese ausdrückliche Vorschrift ist gegeben und könnte dafür ein besserer Beweis erbracht werden, als die Erklärung von Stooß, welche im Laufe der Verhandlungen gefallen: „Doch findet sich in Artikel 14 eine Vorschrift!“[2]) Es kommt also nur darauf an, wie dieser Artikel zu interpretieren ist. Der Hinweis von Stooß auf die Auslegung des „vernünftigen“ Richters ist dabei selbstverständlich ebenso unbrauchbar,[3]) wie die Hervorhebung seiner schon oben angeführten Ansicht für eine Interpretation unmaßgeblich ist.

Wir begreifen denn auch die Stellung von Stooß, die er in diesen verschiedenen Äußerungen einnimmt, um so weniger, als er doch selbst der richtigen Meinung ist, daß die in den Motiven und Verhandlungen ausgesprochenen Ansichten des Redaktors zur Auslegung des Gesetzes nicht verwendet werden dürften.[4])

Doppelt erfreulich ist es jedoch, die Entwicklung der Bestimmung über die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs näher zu verfolgen, ist doch eine stete Besserung von Entwurf zu Entwurf zu konstatieren.[5])

Zunächst sah sich Stooß veranlaßt, die Irrtumsbestimmung von der Bestimmung über die Stellung des untauglichen Versuchs zu trennen. Was die erstere anbelangt, so sei nur kurz, auch bezüglich des Entwurfes 1896, auf unsere Übereinstimmung mit Bärlocher hingewiesen.[6])

Auch unseres Erachtens ist es als Nachteil des Gesetzes anzusehen, daß selbst dann die richterliche Entscheidung zu-

---

[1]) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 285, 286.

[2]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 98.

[3]) Vgl. Verhandlungen Bd. I S. 82.

[4]) Das geht hervor aus Meyer v. Schauensee, Zur Geschichte und Kritik des Stooßschen Entwurfs S. 24, wo Meyer selbst entgegengesetzter Ansicht zu sein scheint.

[5]) Über das folgende vgl. die Verhandlungen am betreffenden Orte und auch Teil I § 4 b u. c. S. 37 ff.

[6]) Vgl. die Ausführungen Bärlochers in Verhandlungen Bd. II S. 383 ff.

Digitized by Google

gunsten des Täters ausfallen muß, wenn dieser den Irrtum durch eigene Fahrlässigkeit verschuldet hat.[1]) So hat denn auch Kohlrausch vollkommen Recht, wenn er darauf aufmerksam macht, daß jemand, der auf eine Katze schießen will, aber fahrlässigerweise auf ein Kind schießt, nicht wegen fahrlässiger Tötung, sondern wegen Sachbeschädigung zu strafen ist.[2])

Hier sollte denn auch einer der vielen schon angeregten Auswege zu Hilfe genommen werden.[3]) Am besten wäre wohl eine Anpassung an die Regelung des R.St.G.B. § 59, Abs. 2 oder ähnliche Normierungen. —

Der Spezialbestimmung über untauglichen Versuch, wie sie im Jahre 1894 bestand und der dagegen geäußerten Kritiken haben wir im historischen Teile schon ausführlich gedacht.[4]) Wir stimmen diesbezüglich überein mit den von v. Lilienthal und Groß gegen den Ausdruck „aus Versehen" vorgebrachten

---

[1]) In diesem Punkte sind alle Entwürfe seit 1893 — ausgenommen E. 94 — ganz gleich und auch gleich unklar. Stooß ist bezüglich ihrer Auslegung anderer Ansicht als wir, vgl. Motive 1893 S. 28. Daß dessen Meinung jedoch im Gesetz keine Grundlage findet, zeigt v. Liszt im Archiv S. 408 deutlich genug.

[2]) Vgl. Kohlrausch a. a. O. S. 14, 15.

[3]) Vgl. Teil I S. 37 ff.

Eine eigentümliche Ansicht bezüglich der Irrtumsbestimmung möchten wir nicht unerwähnt lassen. Es handelt sich um eine Äußerung Gallets, in welcher er dem ursprünglichen Irrtumsartikel das Lob singt — er meint damit wohl den Art. 14 des August-Entwurfs 1893 — obschon und gerade weil er ihn auch zu ungunsten des Angeklagten gelten läßt.

Er sagt wörtlich S. 348 Anm.: „L'art. 15 du second projet (also 1896) a répété la solution (sc. du premier), mais en ajoutant qu'elle ne serait point appliquée l'orsqu'elle aurait pour résultat d'aggraver la situation de l'agent. Nous doutons qu'en modifiant son oeuvre première le législateur suisse l'ait améliorée."

In Widerspruch hiermit steht also seine Bemerkung S. 279 Anm. 38:

„La première rédaction excluait an contraire la répression de toute tentative irréalisable."

Offenbar betrachtet er in dieser lediglich den Art. 15 des Entwurfs 1894, in dem allerdings von untauglichem Versuch nichts gesagt ist und nicht den Art. 14 in seinen ungünstigen Wirkungen. (Vgl. auch Stooß, Abänderungen Art. 15 § 1 S. 3.)

[4]) Teil I S. 37 ff.

Digitized by Google

Bedenken; da besagte Wendung jedoch fallen gelassen wurde, liegt kein Grund vor, näher auf diese einzugehen.

Den Entwurf 1895, welcher sachlich gleichlautet wie der Entwurf 1896, können wir mit letzterem zusammen betrachten und gegen diese beiden hätten wir einige wenige, wenn auch meist nebensächliche Ausstellungen zu machen.

Es ist klar, daß der Ausdruck „Gegenstand" in Art. 17, § 1, Abs. 2 im gegebenen Fall auch den Menschen mit umfassen soll. Wäre aber nicht ein einwandsfreierer Terminus zu finden? Es würde sich vielleicht empfehlen, den besser tönenden Ausdruck „Objekt" im Gesetze einzuführen; doch soll auf diesen Punkt weiter kein Gewicht gelegt werden.

Stärker zu beanstanden ist dagegen die Wendung „den Umständen nach unmöglich", drückt sie doch nicht klar aus, was der Redaktor mit ihr in Wirklichkeit umfassen will. Allerdings scheint dem „Bericht" zufolge jeder untaugliche Versuch darnach der Strafe unterliegen zu sollen;[1]) deutlich ist aber diese Tendenz des Entwurfes in der vorliegenden Fassung keineswegs zur Geltung gekommen. Diese hat vielmehr fast den Anschein, als sollte nach ihr auf den einzelnen Fall das Hauptgewicht gelegt, als sollte damit der relativ untaugliche Versuch getroffen werden. Einer solchen Absicht hätte aber die Wendung „unter den gegebenen Umständen unmöglich" wohl besser entsprochen, obschon auch diese nicht unzweideutig gewesen wäre. Sollte aber lediglich der relativ untaugliche Versuch durch die Gesetzesbestimmung getroffen werden, was soviel bedeutet hätte, als daß der absolut untaugliche Versuch als straflos zu betrachten sei, womit also eine Regelung getroffen wäre, durch welche die Auferstehung der

---

[1]) Vgl. „Bericht" S. 40; vgl. auch Gallet a. a. O. S. 279: „Enfin c'est encore la même solution (die Annahme der subj. Theorie) qui finalement a triomphé dans le projet récent de Code pénal suisse, où nous voyons la tentative déclarée punissable, qu'il y ait défaut d'objet ou inefficacité des moyens, et sans distinction aucune entre l'impossibilité absolue et l'impossibilité relative."

Und Saleilles S. 73 Anm. 3: „Or, dans la seconde rédaction . . . ., le nouvel article 17 prévoit et punit toute tentative impossible sans distinction, ni réserve."

Digitized by Google

Mittermaierschen Theorie in unserem Strafgesetzbuch verwirklicht würde, sollten diese Konsequenzen Stooß vorgeschwebt haben, so hätte, abgesehen von dem oben schon hervorgehobenen Antrag auch v. Lilienthals Vorschlag „in der beabsichtigten Weise" einzusetzen, den Vorteil größerer Klarheit auf seiner Seite gehabt, und wäre ihm deshalb der Vorzug zu geben gewesen.[1])

Soll aber jeder untaugliche Versuch bestraft werden, was nach der Äußerung von Stooß wohl als das Beabsichtigte gelten muß, so würde uns diese Regelung prima facie immerhin etwas weit zu gehen scheinen. Theoretisch ließen sich ja allerdings — dies sollte unser § 9 klar erwiesen haben — auch noch viel strengere Konsequenzen aufrecht erhalten; in praxi ist aber in erster Linie zu beachten, daß „Vorsicht die Mutter der Weisheit ist". Und auch der schweizerische Entwurf hat diese Vorsicht nicht außer Acht gelassen. So schuf Stooß in der für den untauglichen Versuch aufgestellten Möglichkeit unbeschränkter Strafmilderung gleichsam das Gegengewicht zur weitgefaßten Strafbarkeit; damit ist eine Regelung gegeben, der man unbedingt zustimmen kann. Einer größtmöglichen Individualisierung der Strafe in jedem einzelnen Fall wird dadurch gebührend Vorschub geleistet.[2])

Besitzt aber der Entwurf, und daran zweifeln wir nicht, eine subjektive Grundlage,[3]) so wäre eine Fassung, welche den Ausdruck „unter keinen Umständen möglich" einführen würde, wenn auch logisch anfechtbar und in Mittermaierschen Gedankengängen fußend, dem ganzen Charakter des Gesetzes doch einzig und allein entsprechend.[4]) Dadurch würde der

---

[1]) Vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 291.

[2]) Vgl. Art. 17, § 1, Abs. 2 und Art. 40, § 2.

[3]) Darüber vgl. unsere Ausführungen oben S. 301 a. E. ff.

[4]) Diese Fassung findet sich auch in: „Schweizerisches Strafgesetzbuch — Vorschläge betreffend Abänderung des Kommissionalentwurfes. Januar 1899". Art. 17, Abs. 2: „Ist das Mittel, mit dem jemand ein Verbrechen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, an dem er es auszuführen versucht, der Art, daß das Verbrechen mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstand unter keinen Umständen ausgeführt werden kann, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen!"

Digitized by Google

relativ untaugliche Versuch unter die Regel des Art. 17, § 1, Abs. 1, mit anderen Worten: zum gewöhnlichen Versuch fallen, nur für den absolut untauglichen Versuch würde dagegen die uneingeschränkte Milderung des Abs. 2 Platz greifen.[1]) —

Zum Schluß dieses Paragraphen mag nun noch ein kurzer Blick auf die **geschichtliche Entwicklung** der Bestimmungen über untauglichen Versuch **in der Schweiz** geworfen werden.

„La plupart des législations modernes ont négligé de parler de la tentative impossible et en cela elles ont été imitées par la grande majorité de nos codes suisses."[2])

Damit ist alles gesagt, was zu wissen nötig war. Bei dieser Sachlage kann man sich aber nicht enthalten, den Entwurfsredaktor zu beglückwünschen, daß er, entgegen den meisten schweizerischen Kantonalgesetzen, allerdings nach einigem Sträuben, die Bestimmung über den untauglichen Versuch aufgenommen hat.

In dieser Bestimmung ist ja ohne Zweifel eine Regelung gegeben, welche von unseren meisten bisherigen Gesetzen abweicht; aber obschon auch in jenen wenigen Gesetzen, die bisher in der Schweiz den untauglichen Versuch geregelt, die von

---

[1]) Bezüglich weiterer, auf dem französischen Text basierender, Einwände vgl. die von uns im historischen Teil S. 49 angeführten Mercierschen Ausführungen hinsichtlich der Frage, ob die Bestimmung über untauglichen Versuch sich nur auf die „tentative" oder auch auf das „délit manqué" beziehe.

Weiter wäre unsererseits nichts beizufügen als der Ausdruck des Zweifels, ob der deutsche Ausdruck „den Umständen nach" sich auch wirklich decke mit dem französischen „en pareilles circonstances". Uns scheint im französischen mehr als im deutschen zu liegen, doch wollen wir auf weitere Folgerungen nicht eingehen. —

Schließlich wäre bezüglich Art. 17, § 1, Abs. 2 auch noch die Ansicht Langenbachs (a. a. O. S. 59 Anm. 75) zu registrieren, welche dahin geht, der schweiz. Entwurf habe im besagten Artikel die Lehre Feuerbachs vom Mangel am Tatbestand (näheres vgl. bei Langenbach) wieder approbiert.

Mir scheint L. hierbei vollkommen zu übersehen, daß der schweiz. Entwurf die subjektive Theorie vertritt, daß er demgemäß auch nicht von Mangel am Tatbestand wird sprechen können. Was L. Mangel am Tatbestand nennt, das wird in den von ihm beachteten Fällen eben nichts anderes sein als — untauglicher Versuch.

[2]) Vgl. Picot a. a. O. S. 120.

Digitized by Google

Stooß aufgestellte Normierung noch nicht vertreten war, ganz unvereinbar mit unserem bisherigen Recht ist der neue Artikel doch nicht, denn auch in den schweizer Kantonen hat das Prinzip der Strafbarkeit jedes untauglichen Versuchs unter Festsetzung eines Sicherheitsventils zur Individualisierung der Strafe seine Anhänger gehabt.[1])

Stooß' Fassung ist demgemäß als eine im großen und ganzen zweckgemäße Neuerung, als ein Fortschritt zu betrachten, welcher um so ungeteilteres Lob verdient, als darin eine Konzession liegt an heute immer stärker sich geltend machende Postulate, an die Tendenz der Entwicklung unsrer Frage nach der Seite des Subjektivismus hin.[2]) —

Soviel über den Entwurf! Unsere persönliche Ansicht würde nun im letzten Punkte eine etwas kasuistischere Regelung verlangen und wie wir uns diese in einem Gesetzbuch gedacht, dieses Moment soll noch der nächste Paragraph zusammenfassend darstellen.

Ziehen wir jedoch, an dieser Stelle angelangt, das Fazit unsrer Betrachtungen über den Entwurf, so soll in erster Linie die vielfache Übereinstimmung unsrer Ansicht mit der Fassung des Entwurfes mit Freuden anerkannt werden. Es ist ja klar, daß die Kritik wohl meist beim ersten Projekt, beim Probeentwurf ungleich mehr Angriffspunkte finden wird, als bei den nachfolgenden verbesserten Entwürfen; es ist einleuchtend, daß gerade in Beziehung auf eine so schwierige Materie, wie der Versuch und speziell der untaugliche Versuch sie darstellen, sehr leicht ein abfälliges Urteil ausgesprochen werden kann, obschon ein solches doch erst auf Grund eingehender Studien abgegeben werden sollte. Hat man sich jedoch mit eingehenden Studien der betreffenden Fragen befaßt, hat man das pro

---

[1]) z. B. den Kanton St. Gallen.

Vgl. Picot a. a. O. S. 120, 121, dessen Vorwürfe gegen das St. Galler und einige andere Gesetze unsere Zustimmung nicht finden können und durch die neueste Rechtsentwicklung widerlegt worden sind.

[2]) Wir approbieren demgemäß auch nicht das wegwerfende Urteil Merciers a. a. O S. 57, 60 soweit es sich auf die Bestimmung über untauglichen Versuch bezieht. Unserer Ansicht ist Mittermaier, S.Z.S.R. XIV S. 477.

Digitized by Google

und contra der bisherigen gesetzlichen Regelungen abgewogen, so wird man — glaube ich — unsrem Urteil beistimmen, welches dem Stooßschen Entwurf eine im großen und ganzen zweckmäßige und zufriedenstellende Regelung des Versuchs zuspricht, ohne zu verschweigen, daß in einigen speziellen Punkten, so besonders auch bei Art. 15 Abs. 1 eine Abänderung notwendig wäre. Dieses Urteil aber sprechen wir mit um so größerer Freude aus, als die einzelnen Entwürfe eine ununterbrochene Besserung aufgewiesen haben, welche, unmittelbar oft durch Kritiker und Mitglieder der Expertenkommission veranlaßt, doch dem legislativen Takt, der gesetzgeberischen Einsicht des Redaktors zugute gehalten werden muß, „da der Entwurf so lange eine Privatarbeit bleibt, als der Bundesrat und das Justizdepartement nicht mit der Aufgabe befaßt sind, ein Strafgesetzbuch zu entwerfen.“[1])

§ 2. Gesetzesvorschläge.

Nach all dem bisher Gesagten muß nunmehr nur noch die eine Aufgabe gelöst werden, nämlich die Gedanken, welche wir mit Bezug auf eine praktische Regelung der einzelnen behandelten Fragen geäußert, in Form eines Gesetzestextes zusammenzufassen. Eine genauere Erläuterung zu diesen gesetzlichen Feststellungen kann natürlich nicht mehr als nötig erachtet werden, in dieser Hinsicht verweisen wir lediglich auf schon früher Gesagtes.

a) **Versuch.** „Wer den Willen, ein Verbrechen auszuführen, durch Handlungen, welche sich auf einen (den) rechtswidrigen Erfolg (dieses Verbrechens) richten, jenen aber nicht hervorgerufen haben, betätigt (auch: in der Außenwelt betätigt, objektiviert) hat,[2]) wird wegen Versuchs milder bestraft;[3]) er kann milder bestraft werden, wenn er den Versuch zu Ende führt.“[4])

[1]) Vgl. Anm. 2 S. 22.

[2]) Vgl. zu diesem ersten Teil unserer Bestimmung die neuerdings von Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 480 aufgestellte These (§ 1, Abs. 1).

[3]) In der äußeren Form: Anlehnung an das R.Str.G.B. § 43.

[4]) Wörtlich aus dem schweiz. Entwurf Art. 17, § 1, Abs. 1.

Digitized by Google

Daß wir hierbei das Kriterium des „Anfanges der Ausführung“ nicht erwähnt haben, beruht auf der Absicht, eine dem subjektiven Standpunkt möglichst nah angepaßte Versuchsbestimmung aufzustellen. Es sollte jedoch noch in Erinnerung sein, daß wir auch gegen Einführung besagten Merkmals in einer Versuchserläuterung prinzipiell nichts einzuwenden haben. Wir lassen daher einen solchen Gesetzestext folgen, wobei wir dem obenstehenden jedoch den Vorzug geben würden:

„Wer den Willen (Entschluß) ein Verbrechen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthalten, vergegenständlicht hat, ist usw.“[1])

b) **Rücktritt vom Versuch.** „Steht der Täter freiwillig von dem Verbrechen ab oder verhindert er den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolges freiwillig durch eigene Tätigkeit, so wird er von der Strafe, die auf dieses Verbrechen angedroht ist, befreit“;[2])

oder auch mit einer kleinen Abänderung in Anlehnung an Merkels Vorschlag:[3])

„Hat der Täter die Vollendung freiwillig aufgegeben oder verhindert, so wird er usw.“

c) **Untauglicher Versuch.**[4]) Bei einer Regelung des untauglichen Versuchs sind insofern verschiedene Modifikationen möglich, als man diesen Versuchstypus entweder in einem einzelnen Paragraphen einheitlich regeln kann, wobei sowohl der strafbare als der straflose untaugliche Versuch ihre Erledigung finden, oder dem russischen Entwurf entsprechend die Fälle des straflosen untauglichen Versuchs verbunden werden können mit der Bestimmung über die Wirkung des Rücktritts vom Versuch.[5]) Demgemäß wären folgende Fassungen vorzuschlagen:

[1]) Vgl. R.Str.G.B. § 43.

[2]) Absichtliche Anlehnung an den schweiz. Entwurf Art. 17, § 2; vgl. dazu unsere Ausführungen oben III. Teil S. 308ff. Vgl. hierzu neuerdings These § 4, Abs. 1 von Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 481.

[3]) Vgl. Merkel, Randbemerkungen S. 245. Sein Vorschlag lautete: „. . . . die Vollendung aus eigenem Antriebe aufgegeben oder verhindert . . .“

[4]) Vgl. neben unseren Thesen jene von Seuffert, M.J.K.V. X (1902) S. 480 § 1, Abs. 2.

[5]) Vgl. Gretener, russ. Entwurf Art. 45 S. 20.

Digitized by Google

„Der Richter mildert die Strafe nach freiem Ermessen,

wenn der Täter ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Objekt auszuführen versucht,

wenn der Täter den Willen betätigt hat, ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Objekt auszuführen,

mit dem oder an dem es unter keinen Umständen ausgeführt werden kann.[1]) Straflos bleibt der Versuch in jenen Fällen, in denen die Wahl des (untauglichen) Mittels oder des (untauglichen) Objekts, mit welchem oder an welchem ein Verbrechen begangen werden soll, aus (auf) grober Unwissenheit oder rohem Aberglauben hervorgeht (beruht)."

Der Fassung der „Vorschläge" folgend, ließe sich der Artikel mit einigen Änderungen auch folgendermaßen fassen:[2])

„Ist das Mittel mit dem oder das Objekt an dem jemand ein Verbrechen auszuführen versucht, der Art, daß das Verbrechen mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Objekt unter keinen Umständen ausgeführt werden kann, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen; straflos usw." (wie oben).

Dem russischen Entwurf in der Anordnung folgend, könnte die Bestimmung dahin zusammengefaßt werden:

„Hat der Täter die Vollendung freiwillig aufgegeben oder verhindert oder versucht er ein Verbrechen mit solchem Mittel oder an solchem Objekt auszuführen, mit welchem oder an welchem es unter keinen Umständen ausgeführt werden kann, so wird er, wenn die Wahl des betreffenden Mittels oder des betreffenden Objektes auf grober Unwissenheit oder rohem Aberglauben beruht, von der Strafe, die auf dieses Verbrechen angedroht ist, befreit."[3])

Aus all diesen Fassungen geht ein und dieselbe Ansicht

---

[1]) Vgl. schweiz. Entwurf 1896 Art. 17, § 1, Abs. 2 und unsere Ausführungen oben S. 312 a. E. ff.

[2]) Vgl. auch „Vorschläge" S. 5 unter Art. 17, Abs. 2.

[3]) Ich erinnere auch an die Fassung, welche wir schon in Anm. 1 S. 228 angeführt haben: „Der Versuch ist stets strafbar, außer in jenen Fällen, in denen der Täter alle objektiven Umstände kennt, welche die Untauglichkeit mit Notwendigkeit bedingen, in welchen er die Ausführung der Tat aber doch versucht".

Digitized by Google

hervor, den Versuch stets als strafbar zu betrachten, ausgenommen in jenen Fällen, in denen „grobe Unwissenheit“ oder „roher Aberglaube“ bei der Wahl des Mittels oder des Objektes im Spiele gewesen sind.

Neben einer solchen Bestimmung würde ja dann die Normierung der Strafmilderung, wie sie von Stooß in Art. 40, § 2 gegeben wurde, die Gewähr dafür bieten, daß bei den verschiedenen Fällen strafbaren untauglichen Versuchs auch die Individualisierung zu ihrem Rechte komme.

Der sog. relativ untaugliche Versuch wäre — wie schon hervorgehoben —, den Worten „unter keinen Umständen“ entsprechend, aus dem Gebiet des untauglichen Versuchs (in gesetzlichem Sinne) hinauszuweisen und dem gewöhnlichen Versuch einzuverleiben; nur für den absolut untauglichen Versuch würde die unbeschränkte Milderung der Strafe Platz greifen.

Die Regelung des Art. 40, § 2 im schweizerischen Entwurf kann als vollkommen befriedigend bezeichnet werden; es könnte sich lediglich fragen, ob nicht zur leichteren Abstufung der Strafe eine Fassung im Sinne des Art. 30 des St. Gallischen St.G.B.s mit besonderer Betonung des Kriteriums der Gefahr[1]) empfehlenswert wäre.

[1]) Vgl. oben Anm. 1 S. 242 und den Text dazu.

Digitized by Google

Anhang.

A. Bemerkungen zu Artikel 19—21 des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch vom Juni 1903.

Eine der Aufgaben der „kleinen Expertenkommission" bestand darin, zu untersuchen, ob die Texte des Vorentwurfs von 1896 überall den Beschlüssen der „großen Expertenkommission" genau entsprechen.[1]) Sachliche Änderungen gegenüber diesen Beschlüssen lagen daher wohl nicht im ursprünglichen Plan. Vielfach entspricht denn auch die neue Normierung den Forderungen der Expertenkommission von 1894/95, sei es, daß sie in entsprechender Fassung schon im Entwurf 1896 enthalten war, sei es, daß sie erst neuerdings solche Übereinstimmung aufweist.

Indessen schon eine kurze Mitteilung über die Kommissionsarbeiten in der schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht wußte von sachlichen Änderungen gegenüber dem Entwurf 1896 zu berichten.[2]) Diese sind denn auch ziemlich zahlreich. Manche mögen dadurch veranlaßt sein, daß man die Ausdehnung der Bundes-Kompetenz auf das Strafrecht in weiterem Umfang erwartete, als sie schließlich erfolgte.[3]) Durch eine Vergleichung des Entwurfes 1896 und der Verhandlungen zweiter Lesung mit dem Entwurf 1903 wären alle solchen Abweichungen leicht

[1]) Vgl. Vorwort zu Entwurf 1903 S. V.

[2]) Vgl. S.Z.S.R. Bd. XIV S. 486; arg. S.Z.S.R. Bd. XV S. 218.

[3]) Dieser Umstand bildet die Grundlage von Stooß' Erörterungen im „Bericht" S. 3—13. Darüber kurz auch Meyer v. Schauensee, Strafrechtsreform S. 16—17.

Digitized by Google

festzustellen. Näher hierauf einzugehen, ist nur insoweit nötig, als es sich um die hier interessierenden Bestimmungen handelt. Dabei konnte nur die deutsche Fassung des Entwurfes 1903 berücksichtigt werden, da uns die französische nicht zugänglich war. Mit einer kritischen Betrachtung dieser Änderungen wäre unsere Hauptaufgabe erledigt.

Entsprechend der Behandlung des Entwurfes 1896 mag jeweils auf die geschichtliche Entwicklung der bezüglichen Materie kurz eingegangen werden. Wie weit die neuen Fassungen durch die seit 1896 publizierten, oben aufgeführten Kritiken beeinflußt sind, soll hier nicht untersucht werden. —

1. Definition des Versuchs, Bestimmung über die strafrechtliche Qualifikation der Vorbereitungshandlungen.

E. 96, März. Art. 17, § 1, Abs. 1, Satz 1: „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft (Art. 40, § 1) . . . . .“

Art. 17, § 1, Abs. 3: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos.“

E. 1903, Juni. Art. 21, § 1, Abs. 1, Satz 1: „Wer ein Verbrechen auszuführen versucht, wird milder bestraft (Art. 49) . . . . .“

Art. 21, § 1, Abs. 3: „Vorbereitungshandlungen bleiben straflos.“

Die Versuchsnorm betreffend vgl. unsere Arbeit S. 291 ff., besonders S. 292—294 (vgl. auch S. 303). Bezüglich der Bestimmung über die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen vgl. oben S. 294 ff., besonders 295 ff. Mit Bezug auf die normierte obligatorische Strafmilderung beim (unbeendeten) Versuch vgl. unsere Arbeit oben S. 297 f.

Art. 49 stimmt mit Art. 40, § 1 überein; nur zwischen Art. 49, § 2 und Art. 40, § 1, Abs. 11 besteht ein Unterschied:

E. 96, März. Art. 40, § 1, Abs. 11: „Sind verschiedene Freiheitsstrafen wahlweise angedroht, **so wird die mildeste Strafe herabgesetzt.**“

E. 1903, Juni. Art. 49, § 2: „Sind verschiedene Freiheitsstrafen wahlweise angedroht, **so erkennt der Richter auf die mildeste der angedrohten Freiheitsstrafen; er kann diese Strafe nach Maßgabe dieser Bestimmungen herabsetzen.**“

Digitized by Google

Der Unterschied der beiden obigen Fassungen leuchtet ohne weiteres ein: Obligatorische Herabsetzung der mildesten Freiheitsstrafe auf der einen, fakultative Herabsetzung auf der anderen Seite. Den Idealen größter Individualisierungsmöglichkeit und Gerechtigkeit[1]) der Strafe wird die Bestimmung von 1903 mehr entsprechen, als diejenige von 1896. —

Zu beachten ist ferner, daß Art. 212 im Entwurf 1896 genau übereinstimmt mit Art. 227 im Entwurf 1903:

E. 96, März. Art. 212: „Der Versuch einer Übertretung wird nicht bestraft."

E. 1903, Juni. Art. 227: „Der Versuch einer Übertretung wird nicht bestraft."

Darüber vgl. oben S. 298.

Über das Verhältnis der besprochenen Normen zur bisherigen geschichtlichen Entwicklung in der Schweiz vgl. unsere Ausführungen S. 306 (Versuch); S. 306, 307 (Vorbereitungshandlung); S. 307 f. (Strafmilderung).

2. Das fehlgeschlagene Verbrechen.

E. 96, März. Art. 17, § 1, Abs. 1, Satz 2: „. . . . . .; er kann milder bestraft werden, wenn er **den Versuch zu Ende** führt, **aber ohne Erfolg.**"

E. 1903, Juni. Art. 21, § 1, Abs. 1, Satz 2: „. . . . .; führt er die **verbrecherische Tätigkeit erfolglos zu Ende,** so kann er milder bestraft werden."

Die neue Fassung bedeutet eine Besserung. Inhaltlich sind allerdings beide Bestimmungen gleich. Der Ausdruck „erfolglos" ist aber im Entwurf 1903 ebenso notwendig, wie die Worte „ohne Erfolg" in dem Texte von 1895 und 1896 unnötig waren.

Unter der „verbrecherischen Tätigkeit" ist nur die Handlung im natürlichen Sinn zu verstehen. (Unsere Stellung zu dieser ist hier nicht zu beachten.) Eine Auslegung des Artikels 21, welche unter dieser Bezeichnung „das Verbrechen"

---

[1]) Diesen Begriff fassen wir in dem Sinne, in welchem ihn neuerdings Heimberger, Der Begriff der Gerechtigkeit im Strafrecht, Leipzig 1903, sehr hübsch dargelegt hat. Vgl. bes. ebda. S. 30ff.

Digitized by Google

verstünde, käme zu der widerspruchsvollen Fassung des Entwurfes 1894.

Über das fehlgeschlagene Verbrechen und die fakultative Strafmilderung vgl. S. 298 a. E. bis 301; bezüglich der bisherigen schweizerischen geschichtlichen Entwicklung vgl. oben S. 307, (308).

3. Der Rücktritt vom Versuch.

E. 96, März. Art. 17, § 2: „Steht der Täter **aus eigenem Antrieb von dem Verbrechen** ab, so wird er von der Strafe, die **auf dieses Verbrechen** angedroht ist, befreit."

E. 1903, Juni. Art. 21, § 2: „Steht der Täter **aus freier Entschließung von dem Versuche** ab, so wird er von der **hierauf** angedrohten Strafe befreit; **wirkt er aus eigenem Antrieb dem Eintritt des Erfolges entgegen, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen**" (Art. 50).

Zwei Postulate unsrer Kritik zum Entwurf 1896 sind durch die neue Fassung erfüllt:

1. ist „aus eigenem Antrieb" beim Rücktritt im engeren Sinne durch die Worte „aus freier Entschließung" ersetzt. Wir hatten oben S. 310, 311 a. A. den Ausdruck „freiwillig" empfohlen, halten jedoch die Wendung „aus freier Entschließung" für gleichbedeutend.
2. hat die „tätige Reue" eine Regelung gefunden (bezüglich unseres Postulates vgl. S. 309).

Leider wird hier wieder der Ausdruck „aus eigenem Antrieb" eingesetzt. Wir halten ihn für unzweckmäßig (vgl. oben S. 310), hier um so mehr, als er nur der stilistischen Schönheit wegen eingeführt zu sein scheint.

Die Worte „aus eigenem Antrieb" legen unseres Erachtens aber auch das im deutschen St.G.B. aufgestellte Postulat des Unentdecktseins sehr nahe. Durch „freiwillig" würde dies allerdings kaum geändert. Dieser Umstand ist in der äußeren Sachlage begründet (vgl. Frank, S. 64 III 2). Ein objektiv sicheres aber oft ungerechtes Moment bietet das Postulat des Unentdecktseins ja sicherlich.

Digitized by Google

Die Milderung der Strafe nach freiem Ermessen halten wir für zweckmäßig. Es liegt darin ein Fortschritt gegenüber der sonst in den meisten Gesetzbüchern postulierten Straflosigkeit bei tätiger Reue. Aus diesem Grunde sei hier nicht noch mehr verlangt. Die Berücksichtigung des Motivs könnte sonst auch eine fakultative unbegrenzte Strafmilderung nahe legen. Eine solche Regelung würde dann aber auch ermöglichen, die Wendungen „aus eigenem Antrieb“ oder „freiwillig“ fortfallen zu lassen, den Beweggrund der tätigen Reue aber in jedem einzelnen Fall abzuwägen.

Qualifizierter Versuch kann naturgemäß auch beim beendeten Versuch gegeben sein. Im neuesten Entwurf träten jedoch in solchem Falle die Regeln der Idealkonkurrenz in Wirksamkeit.

Das Verbum „entgegenwirken“ würde besser durch „verhindern“ (Merkels Vorschlag entsprechend) oder „abwenden“ ersetzt. Durch „entgegenwirken“ kommt nicht klar zum Ausdruck, ob der Erfolg eintreten darf oder nicht? Soll der Täter etwa auch bei eingetretenem Erfolge mildere Strafe erleiden, wenn er diesem entgegenwirkt? — Die Stellung des § 2 und der Gegensatz zu Art. 48, der unter anderem von der tätigen Reue bei vollendetem Verbrechen spricht, scheinen auf das Gegenteil schließen zu lassen. Zwingend kann jedoch der Schluß nicht genannt werden. Sollte also die obige Hypothese bei Art. 21, § 2, Satz 2 Platz greifen können, so wäre auch eine nähere Würdigung des Verhältnisses dieses Artikels zu Art. 48, Abs. 4 („wenn er aufrichtige Reue über das Verbrechen betätigt hat“ (sc. kann die Strafe gemildert werden) angebracht. Die Milderung der Strafe nach freiem Ermessen könnte sich dann auch im Falle des Art. 48, Abs. 4 empfehlen.

Im Art. 21, § 2, Satz 1 steht nunmehr „von dem Versuche“ abstehen. Entwurf 1896 sagte: „von dem Verbrechen“ abstehen. Inhaltlich sind die Fassungen gleichbedeutend; die heutige Bestimmung ist jedoch etwas ungenauer. Auf den einzelnen Versuch ist eine bestimmte Strafe nicht angedroht. Das Wort „hierauf“ würde sich demgemäß besser auf „Verbrechen“ beziehen. —

Digitized by Google

Bezüglich der bisherigen schweizerischen geschichtlichen Entwicklung in vorliegender Frage vgl. S. 311 f. Die im neuen Entwurf vorgenommene Regelung der tätigen Reue kann unser dort abgegebenes Urteil nicht beeinflussen. Auch jetzt hat der Entwurf die geschichtliche Entwicklung nicht unbeachtet gelassen, sondern, auch auf dieser aufgebaut, bedeutet seine Fassung gegenüber den meisten Kantonalgesetzen einen Fortschritt.

4. Der untaugliche Versuch (inkl. Irrtum).

Ganz kurz sei hier, alter Gewohnheit gemäß, zum Zwecke der Vollständigkeit die Regelung des Irrtums im Entwurf 1903 berücksichtigt.

E. 96, März. Art. 15, Abs. 1: „Begeht jemand **eine als Verbrechen bedrohte Tat** in einer irrigen Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse, so beurteilt der Richter die Tat auf Grund dieser Vorstellung. Zu ungunsten des Täters findet diese Bestimmung keine Anwendung."

Abs. 2: „Wer eine als Verbrechen bedrohte Tat in dem Glauben begeht, er sei dazu **befugt**, kann milder bestraft werden" (Art. 40, § 1).

E. 1903, Juni. Art. 19, Abs. 1: „Führt jemand **eine Tat** in einer irrigen Vorstellung über tatsächliche Verhältnisse aus, so beurteilt sie der Richter zu gunsten des Täters auf Grund dieser Vorstellung."

Art. 19, Abs. 2: **„Ist der Irrtum auf Fahrlässigkeit des Täters zurückzuführen, so bleibt der Täter für seine Fahrlässigkeit verantwortlich."**

Art. 20: „Wer ein Verbrechen in dem Glauben begeht, er sei zu der Tat **berechtigt**, kann milder bestraft werden" (Art. 49).

Ein wesentlicher Fortschritt! Zwar die Formulierung des Art. 19, Abs. 1 nähert sich wieder mehr derjenigen von 1895. Es wäre gut gewesen, bei der Trennung in die zwei Sätze des Entwurfes 1896 zu bleiben. Weittragende Konsequenzen hat diese Änderung jedoch nicht!

Digitized by Google

Zweckmäßig ist die Ausdehnung der Geltung des Art. 19, Abs. 1 auf Übertretungen (arg. Art. 224).

Der große Fortschritt liegt in der auch von uns schon postulierten Regelung des auf Fahrlässigkeit beruhenden Tatirrtums. Wir verweisen diesbezüglich auf unsere früheren Ausführungen als argumentum a contrario (vgl. oben S. 313 ff., bes. S. 314 a. E., 315). —

Artikel 20 zeigt statt des Wortes „befugt" den Ausdruck „berechtigt". Inhaltlich bleibt die Bestimmung dadurch gleich. „Berechtigt" ist in dieser Bestimmung wohl am besten als „nicht verboten" zu verstehen. Also handelt sichs um den Irrtum über die Rechtswidrigkeit, ebenso aber um den Irrtum über eine Spezialbefugnis. Gretener wird wohl seine Einwände gegenüber der Fassung 1896 (vgl. S. 45) auch dem Entwurf 1903 gegenüber gelten lassen. —

Der untaugliche Versuch zeigt folgende Neuregelung:

E. 96, März. Art. 17, § 1, Abs. 2: „Der Richter mildert die Strafe nach freiem Ermessen (Art. 40, § 2), wenn der Täter ein Verbrechen mit einem Mittel oder an einem Gegenstande auszuführen versucht, mit dem oder an dem es **den Umständen nach unmöglich** ausgeführt werden kann."

E. 1903, Juni. Art. 21, § 1, Abs. 2 „Ist das Mittel, mit dem jemand ein Verbrechen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, an dem er es auszuführen versucht, der Art, daß das Verbrechen mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstand **unter keinen Umständen** ausgeführt werden könnte, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen" (Art. 50).

Hierdurch ist ein weiterer Wunsch, den wir in unseren kritischen Bemerkungen (oben S. 317 a. E.) aussprachen in Erfüllung gegangen. Schon in seinen Vorschlägen (vgl. oben S. 317 Anm. 4) hatte Stooß diesen Weg eingeschlagen Die Kommission hat ihm offenbar zugestimmt. Damit ist die subjektive Richtung (vgl. oben S. 301—305) im Versuch zum klaren Ausdruck gelangt. Die relative Untauglichkeit fällt unter

Digitized by Google

Art. 21, § 1, Abs. 1 und unterliegt der gewöhnlichen Versuchsstrafe.

(Über den untauglichen Versuch sind noch zu vergleichen die Seiten 315ff. unsrer Arbeit.)

Artikel 50 des neuen Entwurfes stimmt inhaltlich vollkommen mit Art. 40, § 2 des Entwurfes 1896 überein.

E. 96, März. Art. 40, § 2: „Mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen, so kann er Art und Maß der angedrohten Strafe unbeschränkt mildern."

E. 1903, Juni. Art. 50: „Ermächtigt das Gesetz den Richter ausdrücklich, die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern, so ist der Richter an die Strafart und das Strafmaß, die für das Verbrechen angedroht sind, nicht gebunden."

Unsere schon oben (S. 317) gegebene Zustimmung zu Art. 40, § 2 können wir hier mit Bezug auf Art. 50 wiederholen.

(Über die geschichtliche Entwicklung bezüglich der obigen Bestimmungen vgl. unsere Arbeit S. 318f.)

Das schon oben S. 320 abgegebene Urteil über die Versuchsregelung des Entwurfs kann also bestätigt werden. Die dort gemachten Aussetzungen entfallen im Umfange der im neuen Entwurf 1903 vorgenommenen Verbesserungen und Änderungen. Auch der neue Entwurf beachtet überall das kantonale Recht und schließt sich in freier und selbständiger Weise an dasselbe an.[1])

B. Das russische Strafgesetzbuch vom 22. März 1903.

(Sanktioniert am 22. März 1903; noch nicht in Kraft gesetzt.)

In unsrer Arbeit ist vielfach auf den Entwurf zu einem russischen Strafgesetzbuch von 1882 Bezug genommen. Inzwischen ist nach mannigfachen Änderungen ein neues Gesetz-

[1]) So Stooß schon im Vorwort zu Entwurf 1894 S. VIII.

Digitized by Google

buch sanktioniert worden, welches unseres Erachtens in der Frage des untauglichen Versuchs gegenüber dem Entwurf von 1882 keine wesentlichen Änderungen zeigt. Wir stellen es daher dem Leser anheim, in jenen Anmerkungen, in denen auf den Entwurf Bezug genommen wurde, die entsprechenden Artikel des Gesetzes einzusetzen.

E. 1882. Art. 44, Abs. 1: „Die Verübung eines Tätigkeitsaktes, durch welchen die Ausführung einer vorsätzlichen, verbrecherischen Handlung ihren Anfang nimmt, gilt als Versuch."

Abs. 2: „Der Versuch eines Verbrechens ist strafbar; der Versuch eines Vergehens ist in den gesetzlich besonders bezeichneten Fällen strafbar; der Versuch einer Übertretung ist straflos." Art. 45, Abs. 1: „Der Versuch gilt als ein Strafmilderungsgrund nach Maßgabe des Art. 53."

Art. 45, Abs. 2: „ . . . . . der Versuch, eine verbrecherische Handlung an einem nicht existierenden oder hierfür untauglichen Gegenstande oder mit untauglichen, aus grober Unwissenheit oder rohem Aberglauben des Täters gewählten Mitteln zu begehen, bleibt straflos; ist aber das Verübte an und für sich gesetz-

St.G.B. v. 1903. Art. 49, Abs. 1: „Die Handlung, durch welche die Ausführung des Verbrechens, welches der Täter begehen wollte, begonnen, aber durch Umstände, die vom Willen des Täters unabhängig sind, nicht beendigt wird, gilt als Versuch."

Abs. 2: „Der Versuch eines schweren Verbrechens und in den gesetzlich bezeichneten Fällen der Versuch eines Verbrechens ist strafbar. Die im Gesetz für diese Verbrechen bestimmten Strafen sind auf Grund von Art. 53 zu mildern."

Abs. 3: „Der Versuch einer Übertretung ist straflos."

Abs. 4: „Der Versuch, eine verbrecherische Handlung mit erweislich untauglichen, aus grober Unwissenheit oder Aberglauben gewählten Mitteln auszuführen, ist straflos."

Art. 47: „Als Verbrechen gilt nicht die Handlung, welche an einem nicht existierenden oder für die Ausfüh-

Digitized by Google

lich verboten, so wird der Schuldige dafür zur Verantwortung gezogen." (Zitiert auf Grund v. Gretener, russischer Entwurf.)

rung der beabsichtigten Art (Gattung?) der verbrecherischen Handlung erweislich untauglichen Gegenstand vorgenommen wird." (Auf Grund einer möglichst wörtlichen Übersetzung; vgl. auch Nabokow, S. 5, 6.)

Digitized by Google

Literaturverzeichnis.

Alimena, Ricerche intorno alla nozione del tentativo. (Rivista penale, Bd. 43 1896 S. 529 ff.) Zitiert: Alimena, Ricerche.

Alimena, Il progetto di codice penale svizzero. (Rivista penale, Bd. 40 1894 S. 10 ff.)

Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht (Goltdammers Archiv); zitiert: G.A.

Archiv, Neues, des Kriminalrechts; zitiert: N.A.

v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen. Hannover 1859.

v. Bar, Die Reform des Strafrechts. Berlin 1903. Zitiert: v. Bar, Reform.

Bauke, Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. Berlin 1897. III. Bemerkungen zum Begriffe des Versuches: S. 211 ff.

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 2. Aufl. Jena 1902.

Benevolo, Il tentativo nella dottrina, nella legge et nella giurisprudenza. Torino 1887.

Bernard, Notes sur le crime impossible. (Revue pénitentiaire, 26ème année. Paris 1902 S. 1007 ff.)

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Leipzig 1898.

Berner, Wie unterscheiden sich der beendigte und der unbeendigte Versuch, und ist auch bei dem beendigten Versuch noch ein Rücktritt möglich? (Der Gerichtssaal, 1865 Bd. 17 S. 81 ff.).

Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrechte. München 1903.

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II Leipzig 1877.

Blanche, Études pratiques sur le code pénal. tom. I 2e édit. Paris 1888.

Böhmer, Elementa jurisprudentiae criminalis in usum auditorii commoda methodo adornata. Editio quarta. Halae 1757. Zitiert: Böhmer J.S.F., Elementa.

Böhmer, Meditationes in constitutionem criminalem Carolinam. Halae, Magdeburgicae 1770. Zitiert: Böhmer J.S.F., Meditationes.

Böhmer, Observationes selectae ad Bened. Carpzovii J.C. practicam novam rerum criminalium etc. Francofurti ad Moenum 1759.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit (vom 28. November 1896).

Digitized by Google

v. Bülow, Schweizerisches und deutsches Strafrecht. (Deutsche Juristen-Zeitung, 7. Jahrg. 1902 S. 4 ff.)

Bünger, Über Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. VI 1886 S. 291 ff.)

v. Buri, Zur Lehre vom Versuche. (Der Gerichtssaal, 19. Jahrg. 1867 S. 60 ff.)

v. Buri, Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Objekt. (Der Gerichtssaal, 20. Jahrg. 1868 S. 325 ff.)

v. Buri, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln von Dr. Hertz. (Der Gerichtssaal, Bd. 27 1875 S. 153 ff.)

v. Buri, Versuch und Kausalität. (Der Gerichtssaal, Bd. 32 1880 S. 321 ff.)

v. Buri, Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch. (Der Gerichtssaal, Bd. 40 1888 S. 503 ff.)

v. Buri, Über die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. I 1881 S. 185 ff.). Dasselbe in: v. Buri, Beiträge.

v. Buri, Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche. Gesammelte Abhandlungen. Leipzig 1894. S. 187 ff.: Die sogenannten untauglichen Versuchshandlungen. Zitiert: v. Buri, Beiträge. Dasselbe in: Z. I 1881 S. 185 ff.

Carrara, Opuscoli di diritto criminale. 3ª ed. vol. VII. Prato 1887. S. 111 ff.: Un pensiero sul tentativo. Zitiert: Carrara, Opuscoli.

Carrara, Programma del corso di diritto criminale. Parte generale. vol. I. 6ª ed. S. 319 ff. Prato 1886.

Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal. tom. I 6ème édit. par Edmond Villey. Paris 1887.

Cohn, Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, Bd. I Breslau 1880.

Cohn, Die den untauglichen Versuch betreffende Plenarentscheidung des Reichsgerichts. (Archiv für Strafrecht, Bd. XXVIII 1880 S. 361 ff.)

Cohn, Der untaugliche Versuch. (Juristische Wochenschrift, Jahrg. XXXI 1902 S. 462 ff.)

Cohn, Die Haftung für den Erfolg im Strafrecht. (Juristische Wochenschrift, Jahrg. XXXII 1903 S. 287 ff.)

Cook, The code of criminal law of the State of New York. Albany N.Y. 1900.

Crivellari, Il codice penale per il Regno d' Italia. vol. IV. (art. 61—103). Torino 1892.

Crivellari, Introduzione all commento del nuovo codice penale italiano. Torino 1889.

Cropp, Commentatio de praeceptis juris Romani circa puniendum conatum delinquendi. Heidelbergae 1822.

Deutsche Juristenzeitung; zitiert: D.J.Z.

Eisenmann, Die Grenze des strafbaren Versuchs. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 13 1893 S. 454 ff.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen; zitiert: E.R.

Digitized by Google

Ferri, Il progetto di codice penale svizzero. (La scuola positiva nella giurisprudenza penale, Anno III 1893 S. 701 ff.); zitiert: Ferri, Il progetto.

Ferri, Sociologia criminale. 4ª ed. Torino 1900. S. 702 ff.

Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11. Aufl. Gießen 1832.

Feuerbach, dasselbe. 1. Aufl. Gießen 1801.

Feuerbach, dasselbe; herausgegeben von Mittermaier. 14. Aufl. Gießen 1847.

Finger, Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht. (Separatabdruck aus der juristischen Vierteljahrsschrift, Organ des deutschen Juristenvereins in Prag, 1889.)

Fioretti, Note critiche sul tentativo. (Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale, vol. XI. Torino 1890. S. 469 ff.)

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Leipzig 1901.

Gallet, La notion de la tentative punissable. Paris 1899.

Garçon, Code pénal annoté. Premier fascicule (Art. 1 à 165). Paris 1901.

Garofalo, La criminologie. 2ème édit. Paris 1890.

Garofolo, Il tentativo criminoso con mezzi inidonei. Torino 1881. Zitiert: Garofalo, Il tentativo.

Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français. tom. 1er 2ème édit. Paris 1898.

Garraud, Dans quelle mesure faut-il attacher plus d'importance aux facteurs psychiques qu'aux effets matériels? (M.J.K.V. Bd. X (1902) S. 100 ff.)

Gauckler, De l'importance à attribuer dans la loi criminelle aux éléments psychiques du crime par comparaison avec ses conséquences matérielles. (M.J.K.V. X (1902) S. 428 ff.)

Gautier, Deux projets. La réforme pénale en France et en Suisse. (Zeitschrift für schweizer Strafrecht, Bd. 7 Bern 1894 S. 44 ff.)

Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. II. Leipzig 1862.

Gerichtssaal, Der; zitiert: G.S.

Gerichtssaal, Bd. 27 1875 S. 313 ff: Über den Versuch mit untauglichen Mitteln,

Geyer, Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen nach österreichischem Recht. Drittes Kapitel: Vom Versuch. S. 47 ff. — Innsbruck 1862. Zitiert: Geyer, Erörterungen.

Geyer, Über die sogen. untauglichen Versuchshandlungen. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. I 1881 S. 30 ff.)

Geyer, Del tentativo. (Estratto dalla Rivista penale, vol. XIV. 1881.)

Goldfeld, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten. Berlin 1882.

Goldschmidt, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch (Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Dr. Bennecke). Breslau 1897.

Goltdammers Archiv (siehe unter A); zitiert: G.A.

Gretener, Strafgesetzbuch für Rußland. Allgemeiner Teil. Erläuterungen zum Entwurf der Redaktionskommission. Petersburg 1882. Zitiert: Gretener, russ. Entwurf.

Digitized by Google

Gretener, Zur Beurteilung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für den Kanton Aargau. (Zeitschrift für schweizer Strafrecht, Bd. 6 1893 S. 221 ff.) Zitiert: Gretener, Aarg. Entwurf.

Gretener, Der schweizerische Strafgesetzentwurf. Beratungen der eidgenössischen Expertenkommission. (Gerichtssaal, Bd. 51 1895 S. 458 ff.)

Gretener, Bemerkungen und Anträge zum revidierten Vorentwurf (August 1894) dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zu Handen der Expertenkommission eingereicht; gedruckt als Anhang zu: Verhandlungen der vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch. Zitiert: Gretener, Bemerkungen und Anträge.

Gretener, Zu den Verhandlungen der Expertenkommission für Strafrecht. Begriffsjurisprudenz und Kriminalpolitik. (Neue Zürcher Zeitung, 1895 No. 248, 250 vom 7. und 9. September.)

Gretener, Zur Geschichte des schweiz. Strafgesetzentwurfs. (Gerichtssaal, Bd. 54 1897 S. 314 ff.)

Groß, Undecima hora. Zum Stooßschen Vorentwurf für ein schweiz. Strafgesetzbuch. (Allgemeine österreichische Gerichtszeitung, Jahrg. 45 1894 No. 39 vom 22. September.)

Haelschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. I Bonn 1881. Zitiert: Haelschner, Lehrbuch.

Haelschner, System des preußischen Strafrechts. Erster oder allgemeiner Teil des Systems. Bonn 1858. §§ 46—53.

Hagemann, Der Versuch bei Mangel des Objekts. (Archiv für Strafrecht, Bd. XXXII. Berlin 1884.

Harris, Principles of criminal law. With additions and notes, adapting it to the American law by M. F. Force. Cincinnati 1880.

Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte tätige Reue. Nach dem gemeinen Strafrecht und dem Reichsstrafgesetzbuch. Berliner Dissertation 1897.

Havenstein, Zur Lehre vom untauglichen Versuch. (Goltdammers Archiv, Bd. XXXVI S. 33 ff.); zitiert: Havenstein oder: Havenstein, G.A. XXXVI.

Havenstein, Zu Prof. Zuckers Aufsatz: „Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuche". (Archiv für Strafrecht, Bd. XXXVII S. 130 ff.); zitiert: Havenstein, G.A. XXXVII.

Hertz, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln. Hamburg 1874.

Herzog, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Würzburg 1889. (Daraus: III. dogmatisch-kriminalpolitischer Teil. S. 146—192).

Heuberger, Strafgesetzbuch für den Kanton Aargau. Entwurf. Brugg 1892.

v. Hippel, Die Vorstellungstheorie. Ein kritischer Beitrag zur Vorsatzlehre. Göttinger Festschrift für Regelsberger. 1901.

Hoegel, Die Strafrechtsreform. (Juristische Blätter, 25. Jahrg. Wien 1896 S. 613, 614.)

Hoegel, Straffälligkeit und Strafzumessung. Wien 1897. S. 211, 212.

Digitized by Google

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Bd. II Berlin 1874 S. 269 ff., 290 ff. (Artikel von Schwarze).

Holtzendorff, Rechtslexikon. 3. Aufl. Leipzig 1881.

Horn, Der Versuch. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 20 1900 S. 309 ff.)

Huther, Tauglicher und untauglicher Versuch. (Archiv für Strafrecht, Bd. XXXVI S. 433 ff.)

Jenull, Das österreichische Kriminalrecht nach seinen Gründen und seinem Geiste. I. Teil. Graz 1808.

Kenny, C. St., Outlines of criminal law. Cambridge 1902. Zitiert: Kenny, Outlines.

Kenny, C. St., A selection of cases illustrative of English criminal law. Cambridge 1901. Zitiert: Kenny, Cases.

Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre. (Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Dr. Bennecke, Heft 14.) Breslau 1898.

Köhler, Reformfragen des Strafrechts. München 1903.

Kohler, Der strafbare Versuch, insbesondere der sogen. untaugliche Versuch. (Studien aus dem Strafrecht. Bd. I S. 7 ff.) Mannheim 1890.

Kohler und Scheel, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Ausgabe für Studierende. Halle a. S. 1900.

Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. I. Teil. Berlin 1903.

v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben. (Zweiter Artikel.) III. Über den Begriff der Gefahr. (aus: Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, XII, 2 1888 S. 287 ff.). Zitiert: v. Kries, Möglichkeit.

v. Kries, Über den Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 9 1889 S. 528 ff.)

Lammasch, Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs. Wien 1879. Zitiert: Lammasch, Moment obj. Gef.

Lammasch, Der norwegische Strafgesetzentwurf. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 14 1894 S. 505 ff.)

Lammasch, Der Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. (Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 8. Jahrg. 1895 S. 121 ff.) Zitiert: Lammasch, Entwurf.

Lammmasch, Die Aufgaben der Strafrechtspflege. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 15 1895 S. 633.)

Langenbach, Der Versuch am untauglichen Objekt und der Mangel am Tatbestand. Dissertation. Rostock 1901.

Liepmann, Die Reue vom kriminalistischen Standpunkt. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 22 S. 72 ff.)

v. Lilienthal, Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht. 2. Aufl. Marburg 1900.

v. Lilienthal, Der Stooßsche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. (Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 15 1895 S. 97 ff. u. 260 ff.)

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 11. Aufl. Berlin 1902.

Digitized by Google

v. Liszt, Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohnsche Versuchstheorie. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 1 1881 S. 93ff.)

v. Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweiz. Strafgesetzbuchs. (Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik, Bd. 6 1893 S. 394ff.) Zitiert: v. Liszt im Archiv.

v. Liszt, Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887 (Entwurf Zanardelli). Freiburg i. B. 1888. S. 35.

v. Liszt, Der Entwurf eines eidgenössischen Strafgesetzbuches. (Die Zukunft, Heft 54 Bd. 5 1893 S. 14ff.)

v. Liszt, Gutachten über die Frage: Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen? (Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages, Bd. I S. 259ff. Berlin 1902.) Zitiert: v. Liszt, Gutachten.

Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Frankfurt a. M. 1885.

Lucchini, Il progetto di codice penale svizzero. (Rivista penale, Bd. 45 Torino 1897 S. 5ff.)

Majno, Commento al codice penale italiano. Verona 1890. S. 153ff.

Mayer, M. E., Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch. I. (Deutsche Juristenzeitung, Bd. 7 1902 S. 330ff.)

Mercier, De la tentative et spécialement du délit impossible. Histoire. Législations. Jurisprudence. Lausanne 1901.

Merkel, A., Randbemerkungen zum Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch (Juni 1893). (Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgem. Rechtslehre und des Strafrechts. 2. Hälfte. Straßburg 1899 S. 802ff.)

Merkel, A., dasselbe. (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd. 14 1901 S. 240ff.) Zitiert wird nur nach der Zeitschrift als: Randbemerkungen.

Merkel, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895.

Meyer, H., Der Anfang der Ausführung. Aus der Festschrift der Juristenfakultät in Tübingen zu Berners 50jährigem Doktorjubiläum. Tübingen 1892. Zitiert: Meyer, Anfang der Ausführung.

Meyer v. Schauensee, Zur Geschichte und Kritik des Stooßschen Entwurfes für ein schweizerisches Strafgesetz. Luzern 1897.

Meyer v. Schauensee, Der Strafgesetzentwurf und die Rechtspflege. (Basler Nachrichten, 1895 No. 258 vom 23. September.)

Meyer v. Schauensee, Die Strafrechtsreform in Deutschland und der Schweiz. Berlin 1903.

Miler, Welche Konsequenzen ergeben sich in Rücksicht auf die zukünftige Strafgesetzgebung aus dem Prinzip der neuen Schule, daß den psychischen Faktoren mehr Bedeutung zuzumessen sei als dem materiellen Erfolge? (M.J.K.V. X (1902) S. 68ff.)

Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung; zitiert: M.J.K.V.

Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 1 Halle 1816 S. 163ff.) Zitiert: Mittermaier, Beiträge.

Digitized by Google

Mittermaier, Über den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen und über die Grade des Versuchs. (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 4 Halle 1820 S. 1 ff.)

Mittermaier, Über den neuesten Zustand der Kriminalrechtswissenschaft in Deutschland. (Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. 4 Halle 1820 S. 76 ff.)

Mittermaier, Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln (Gerichtssaal, 1859 Bd. 11 S. 404.) Zitiert: Mittermaier in G.S. 1859.

Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrats verfaßt von Carl Stooß. September 1893. Basel und Genf. gr. 8° (88 S.) und Folio (86 S.)

Motive zu dem Vorentwurf, im Auftrage des schweizerischen Bundesrats verfaßt von Carl Stooß. Amtliche Ausgabe. August 1894. Bern. (vgl. „Vorentwurf mit Motiven, 1894", nach welchem zitiert wird).

Nabokow, Rapport au congrès international des membres de l'Union internationale de droit pénal sur la pénalité de la tentative au point de vue du principe, affirmé par l'école nouvelle, qu'il faut attacher plus d'importance aux facteurs psychiques qu'aux effets matériels du crime. St. Petersbourg 1902.

Nelson, The Indian penal code. Third edition. Madras, London 1901.

Neues Archiv des Kriminalrechts; zitiert: N.A.

Oetker, Zur Lehre von den Pressvergehen. (Goltdammers Archiv, Bd. 26 Berlin 1878 S. 277, 278.)

Oetker, Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 17 Berlin 1897 S. 53 ff.) Zitiert: Oetker, Der Versuch.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 6. Aufl. Bd. I Berlin 1900.

Orestano, Il conato. Catania 1888.

Ortolan, Éléments de droit pénal. 5ème édit. revue par Albert Desjardins. tom. I. Paris 1886.

Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Bd. I Erlangen 1857.

Pessina, Elementi di diritto penale. vol. I. Napoli 1882.

Pfenninger, Das Strafrecht der Schweiz. Berlin 1890.

Picot, La tentative dans les codes pénaux suisses. (Zeitschrift für schweizer Strafrecht, Jahrg. 1 1888 S. 111 ff.)

Pompei, Dell' inidoneità nel tentativo. (Rivista penale, vol. 56. Torino 1902.)

Prins, Science pénale et droit positif. Bruxelles, Paris 1899.

Quistorp, Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. Rostock u. Leipzig 1789.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen. Zitiert: R.R.

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht. 2. Aufl. Dorpat, Leipzig 1888.

Rolin, Étude sur l'avant-projet du code pénal suisse. (Revue de droit international et de législation comparée, tom. 29 Bruxelles 1897 S. 26 ff.)

Rosenberg, Über die Strafbarkeit des untauglichen Versuches. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 20 1900 S. 685 ff.)

Digitized by Google

Rossi, Traité de droit pénal. Leiden 1878.
Roux, De la tentative. (Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, vol. VI. Berlin 1897 S. 340ff.)
Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Rubo, Über den Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten. (Gerichtssaal, Bd. 17 1865 S. 1ff.)
Rümelin, Gustav, Werturteile u. Willensentscheid. i. Zivilrecht. (Rektoratsrede.)
Saleilles, Essai sur la tentative et plus particulièrement sur la tentative irréalisable. Extrait de la Révue pénitentiaire. Melun 1897.
Schlecht, Zur Lehre vom qualifizierten Versuch. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 19 1899 S. 829ff.)
Schneider, Zur Lehre vom Versuch. Mit Betrachtung unserer Rechtszustände. Breslau 1896.
Schweizerisches Strafrecht. (Mitgeteilt vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement.) (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 10. Jahrg. Bern 1897 S. 98—100.) Zitiert: Schweizerisches Strafrecht, Mitgeteilt. (N.B.: dasselbe erschien auch als Flugblatt.)
Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen vgl. unter „V".
Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf usw. vgl. unter „V".
Schweizerisches Strafgesetzbuch, Motive usw. vgl. unter „M".
Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorschläge usw. vgl. unter „V".
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; zitiert: S.Z.S.R. — früher: Zeitschrift für schweizer Strafrecht; zitiert: Z.S.S.R,
Seuffert, Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland. München 1902.
Shirley Shirley, W. und C. M. Atkinson, A sketch of the criminal law. London 1880. Zitiert: Shirley-Atkinson.
Sigwart, Kleine Schriften. 2. Aufl. Freiburg i. B. 1889. S. 115ff.: Der Begriff des Wollens und sein Verhältnis zum Begriff der Ursache.
Stenglein, Die letzte Reichsgerichtsentscheidung über den untauglichen Versuch. II. (Deutsche Juristenzeitung, Bd. 7 1902 332ff.)
Stephen, A digest of the criminal law. Fifth edition. London and New York 1894.
v. Sterneck, Zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. Wien 1901.
Stiegele, Über die Begriffe von tauglichem und untauglichem, beendigtem und nicht beendigtem Versuche der Verbrechen. Dissertation. Stuttgart 1861.
Stooß, Die schweizerischen Strafgesetzbücher. Zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates herausgegeben. Basel und Genf 1890. Zitiert: Stooß, Strafgesetzbücher.
Stooß, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Im Auftrage des Bunderates vergleich. dargest. 2 Bde. Basel u. Genf. 1892, 1893. Zitiert: Stooß, Grundzüge.
Stooß, Bericht über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. 1. Teil. Dem hohen eidgenössischen Justizdepartement erstattet. Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie, 1899. (Als Manuskript gedruckt und nicht im Buchhandel erschienen (umfaßt den allgemeinen Teil); zitiert: Stooß, Bericht.

Digitized by Google

Stooß, Abänderungsanträge; genauer: Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch. Abänderungsanträge von Prof. Stooß an die Expertenkommission. Wien 1901, 20. Dezember. gr. 8° (5 S.).

Stooß, Vorentwurf vgl. unter „V".

Stooß, Motive vgl. unter „M".

Stooß, Vorschläge vgl. unter „V".

Stooß, Das schweizerische Strafgesetzbuch. (Gerichtssaal, Bd. 53 1897 S. 471 ff.).

Strafgesetzbuch für Rußland vom 22. März 1903. Auflage der Senatsdruckerei. Petersburg, Druckerei des Senats, 1903. (Nichtoffizielle Auflage); zitiert: neuestes russ. Str.G.B.

Teichmann, Bibliographie über den Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch. (S.A. aus der schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, 11. Jahrg. 1898. 3. u. 4. Heft.)

Temme, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Aarau 1855. Zitiert: Temme, schweiz. Strafrecht oder Temme a. a. O.

Temme, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Stuttgart 1876.

Thiry, De la tentative. (Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, vol. VI. 1897 S. 305 ff.)

Tiffany, A treatise of the criminal law of the State of Michigan. Fifth edition. Detroit 1900.

Tuozzi, Corso di diritto penale. vol. 1°, 2ª ed. Napoli 1899.

Verhandlungen (genauer: Schweizer. Strafrecht — Droit pénal suisse. Verhandlungen der vom eidgen. Justizdepartement einberufenen Expertenkommission. — Déliberations de la commission d'experts, convoquée par le Département fédéral de justice. 1. Teil — 1ère Partie. September und Oktober 1893 — Septembre et Octobre 1893. Anhang: Vom eidgenöss. statistischen Bureau angefertigte statistische Tabellen — Annexes: Tableaux statistiques, dressés par le bureau fédéral de statistique. Bern, Buchdruckerei J. Schmidt, 1894, gr. 8° (423 S.).

Verhandlungen (genauer: Schweizer. Strafr. Verhandlungen) der von dem eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. (6 Teile, IV Bücher) in 2 Bänden. Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie. 1896. 1. Bd. gr. 8° (435 S.); 2. Bd. gr. 8° (806 S.). Zitiert wird lediglich nach den Verhandlungen dieser letzten Ausgabe unter dem Stichwort: Verhandlungen.

Verhandlungen des 26. deutschen Juristentages. Bd. III; zitiert: V.D.J.T. Bd. III.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Juni 1893. Allgemeiner Teil. Vgl. unter: Merkel, Randbemerkungen.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Allgemeiner Teil. Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooß. — Avant-projet de code pénal suisse. Partie générale. Traduit par mission du département fédéral de justice et police par Alfred Gautier. Basel und Genf 1893. Folio (35 S.). Zitiert als August-Entwurf von 1893.

Digitized by Google

Vorentwurf mit Motiven (genauer: Schweizer. Strafgesetzbuch. Vorentwurf mit Motiven), im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooß. — Code pénal suisse. Avant-projet de code pénal et motifs à l'appui de l'avant-projet. Traduits par mission du département fédéral de justice par Alfred Gautier. Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie., 1894. gr. 8° (XI, 356 S.) N. B.: lediglich nach dieser Ausgabe zitiert.

Vorentwurf (genauer: Schweizerisches Strafgesetzbuch. Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooß. Juli 1894 (!!). Berlin, Guttentag, 1894. gr. 8° (40 S.). In: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzuug. Herausgegeben von der Redaktion der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Heft IX.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Avant-projet de code pénal suisse modifié d'après les décisions de la commission d'experts. Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie., 1896. gr. 8° (IX, 181 S.)

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Beilage zu Band 6 der Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung. Berlin, J. Guttentag, 1896. gr. 8° (IX, 132 S.) N. B.: Nur nach dieser letzten Ausgabe zitiert.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfes von 1896 beauftragten Expertenkommission — Juni 1903. Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie., 1903. Zitiert als Entwurf 1903.

Vorschläge (genauer: Schweiz. Strafgesetzbuch. Vorschläge) betreffend Abänderung des Kommissionalentwurfes. Januar 1899.[1])

Wach, Gutachten über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie., 1893.

Wachenfeld, Strafrecht. („Encyklopädie der Rechtswissenschaft" herausgegeben von Dr. Josef Kohler. Lieferung 10, 11, 12. Leipzig u. Berlin 1903.)

Wharton, A treatise on criminal law. vol. I. Tenth edition, revised . . . by Wm. Draper Lewis. Philadelphia 1896.

Wilhelm, Die allgemeinen Bestimmungen des Vorentwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. (Deutsche Juristenzeitung, 2. Jahrg. 1897 S. 255 ff.).

Zachariae, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. I. und II. Teil. Göttingen 1836, 1839.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft; zitiert: Z.

Zeitschrift für schweizer Strafrecht; zitiert: Z.S.S.R. — später: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht; zitiert: S.Z.S.R.

[1]) Diese Vorschläge sind von Stooß zum Zwecke der Beratung in der im Frühjahr 1901 ernannten „kleinen Expertenkommission" ausgearbeitet worden und dem Bundesrat und den Kommissionsmitgliedern zur Verfügung gestellt worden (nicht im Buchhandel erschienen).

Digitized by Google

Zucker, Einige allgemeine Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzentwurfes und des deutschen Strafgesetzes. (Gerichtssaal, Bd. 51 1895 S. 424.)

Zucker, Noch ein Wort zur Lehre vom untauglichen Versuch. (Archiv für Strafrecht, Bd. XXXVI S. 370ff.); zitiert: Zucker oder Zucker, G.A., XXXVI.

Zucker, Ein Schlußwort zur Lehre vom untauglichen Versuch. (Archiv für Strafrecht, Bd. XXXVII S. 274ff.); zitiert: Zucker, G.A. XXXVII.

Zürcher, Die nationalen und kosmopolitischen Grundlagen des Strafrechts. (Separatabdruck aus der Zeitschrift für schweizer Strafrecht, 4. Jahrg. 1891)

Zürcher, Die wichtigsten Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts. Aus den Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins. (Zeitschrift für schweizer Strafrecht, Bd. 5 1892 S. 406ff.); zitiert: Zürcher, Grundlagen.

Zürcher, Zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs. (in „Der Bund", 1893 No. 255 vom 13./14. September, No. 256 1. Blatt vom 14./15. September, 2. Blatt vom 15. September, No. 257 1. Blatt vom 15./16. September, 2. Blatt vom 16. September).

Zürcher, Denkschrift an das hohe Justiz- und Polizeidepartement der schweizerischen Eidgenossenschaft über die Durchführung der Strafrechtseinheit. (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 14. Jahrg. Bern 1901 S. 217ff.) Auch erschienen als Sonderdruck und nur nach diesem letzteren zitiert.

Zitierweise: Ist von einem Autor nur ein Werk berücksichtigt, so ist dasselbe regelmäßig nur mit dem Namen des Autors (N. N. a. a. O.) zitiert. Sind von einem und demselben Autor mehrere Werke in Betracht gezogen, so ist eines von diesen regelmäßig nur mit dem Namen des Verfassers (N. N. a. a. O.) zitiert, während bei den anderen Schriften neben dem Autor auch das Werk selbst in der im Literaturverzeichnis gegebenen Abkürzung angeführt ist.

Aufsätze, die in Zeitschriften, Zeitungen und Sammelwerken erschienen sind, werden, soweit sie nicht die einzige berücksichtigte Arbeit des betreffenden Schriftstellers sind, durch Nennung des Autornamens unter Beifügung des Zeitschriftentitels (in der oben angegebenen Abkürzung) kenntlich gemacht.

Persönliche Bemerkungen innerhalb des Textes sind durch die Buchstaben D. V. (= Der Verfasser) als solche kenntlich gemacht.

Die im § 11 zumeist in Klammern ohne weiteren Zusatz innerhalb des Textes eingefügten Zahlen beziehen sich in der Regel auf die Arbeit des jeweils gerade besprochenen Autors.

Druckfehlerberichtigungen.

S. 4 Anm. 1 a. E. lies: in Teil III (Anhang: A) statt: in Teil III (Anhang: § 3).
S. 8 Anm. 2 a. E. lies: bringt Anhang: A des III. Teiles statt: bringt § 3 (Anhang) des III. Teiles.
S. 8 Anm. 4 a. E. lies: im III. Teil Anhang: A statt: im III. Teil § 3 (Anhang).
S. 112 lies: im engeren Sinn statt: im eigentlichen Sinn.

Druck von Georg Reimer in Berlin.

Digitized by Google

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. in Berlin.

Fortsetzung von Seite 2 des Umschlags.

Neue Folge. Band II. Heft 1—5.

Der Begriff des Wirkens. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Kausalitätslehre. Von **Felix Genzmer.** — **Die Ursachen der Kriminalität im Herzogtum Sachsen-Meiningen.** Von **Dr. Walter Weidemann.** Preis 2 M.

Kriminalistische Untersuchung der Kreise Marienwerder und Thorn. Zugleich ein Beitrag zur Methodik kriminalistischer Untersuchungen. Von **Bruno Blau.** Preis 2 M.

Strafrechtspflege, insbesondere Gefängniswesen in Ceylon. Von Dr. jur. et phil. **Ernst Rosenfeld.** — **Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses.** Von **Dr. Eugen Friedlaender.** Preis 3 M.

Das Koalitionsrecht der Arbeiter in Deutschland und seine Reformbedürftigkeit. Von Dr. jur. **Lorenz Brütt.** Preis 1 M. 80 Pf.

Die Stellung des § 49a im System des Reichsstrafgesetzbuchs. Von **W. Haeger.** Preis 2 M.

Die grundlegenden Entscheidungen
des
Reichsgerichts und des Reichsmilitärgerichts
auf dem Gebiete des
Strafrechts.
Für das Studium und die Praxis bearbeitet
von
Dr. Max Apt.
Dritte verbesserte und vermehrte Auflage
besorgt von
Dr. Max Apt und Professor **Dr. Ernst Beling.**
gr. 8°. Preis 6 M., geb. in ganz Leinen 7 M.

Ein Wort zur
Aufhebung der gerichtlichen Voruntersuchung.
Von
Professor **Dr. A. Zucker** in Prag.
gr. 8°. Preis 2 M.

Digitized by Google

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. in Berlin.

Die Strafprozeßordnung
für das Deutsche Reich

nebst dem

Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze.

Mit Kommentar

von

Dr. E. Löwe,

weil. Senats-Präsidenten des Reichsgerichts.

Elfte neu durchgearbeitete Auflage

bearbeitet von

A. Hellweg,

Reichsgerichtsrat.

Lex. 8°. Preis 20 M., geb. in elegant Halbfranz 22 M.

Zeitschrift
für die
gesamte Strafrechtswissenschaft.

Unter ständiger Mitarbeiterschaft

der Herren

Dr. E. Beling, ord. Professor in Tübingen,

Dr. R. Frank, ord. Professor in Tübingen,

Dr. R. v. Hippel, ord. Professor in Göttingen,

Dr. H. Knapp, Archivar in Nürnberg,

Dr. W. Mittermaier, ord. Professor in Gießen,

herausgegeben von

Dr. Franz v. Liszt, ord. Professor der Rechte in Berlin,

und

Dr. Karl v. Lilienthal, ord. Professor der Rechte in Heidelberg,

Dr. P. Herz, Senatspräsident am Reichsmilitärgericht.

Alljährlich erscheint ein Band im Umfange von 60 Bogen.

Preis des Bandes 20 Mk.

Der Zeitschrift wird kostenfrei beigegeben:

Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung.

Druck von Georg Reimer in Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
REFERENCE DEPARTMENT

This book is under no circumstances to be taken from the Building

8 D. OCT 14 1913

Digitized by Google